# Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung in ihrer Abstellung auf den Zweck

Leitwort:
„Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts."
(v. Ihering: Der Zweck im Recht)

**Inaugural-Dissertation**

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Höbel
aus Bad Dürkheim (Pfalz)
Sektionsvorstand a. D. im ehem. Kriegsministerium zu München.

Approbiert am 1. August 1930.

Buch- und Verlagsdruckerei Carl Kick, Bad Wörishofen.
1931.

31:74

# Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung in ihrer Abstellung auf den Zweck

Leitwort:
„Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts."
(v. Ihering: Der Zweck im Recht.)

**Inaugural-Dissertation**

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Höbel
aus Bad Dürkheim (Pfalz)
Sektionsvorstand a. D. im ehem. Kriegsministerium zu München.

Approbiert am 1. August 1930.

Buch- und Verlagsdruckerei Carl Kick, Bad Wörishofen.
1931.

Referent:
Universitätsprofessor Dr. Friedrich Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

## Inhaltsangabe.

(enthält zugleich die hauptsächlichsten Stichworte; die Zahlen in Klammern bedeuten hierbei die Seiten)

### Erstes Kapitel:

Zur Abstellung der Sicherungsübereignung auf ihren Zweck.


§ 1 Begründung dieser Abstellung . . . . . 7
§ 2 Grundsätzliches vom Zweck beim Rechtsgeschäft . . . 7


### Zweites Kapitel:

Die Sicherungsübereignung als Notbehelf des heutigen Wirtschafts- und Rechtslebens.


§ 3 Die Wirtschaftskrisen; ihre wichtigsten Begleit- und Folgeerscheinungen . . . . . 9
§ 4 Die Bekämpfung der Sicherungsübereignung; Reformvorschläge . . . . . 9


### Drittes Kapitel:

Die Sicherungsübereignung als Rechtsinstitut.


§ 5 Allgemeine Begründung ihrer rechtlichen Zulässigkeit . . 10
I Rechtsgeschichtliches: 1. Römisches Recht. 2. Deutsches Recht. 3. Begegnungsform im kanonischen Recht.
II Begründung ihrer Zulässigkeit im geltenden Recht: 1. nach dem Gegenstand (Rechtsgüter), 2. nach dem Zweck, 3. nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.


### Viertes Kapitel:

Die Sicherungsübereignung als gegenseitiges Vertragsverhältnis, abgestellt auf den Zweck.


§ 6 Inhalt und Gegenstand der Sicherungsübereignung . . 11
§ 7 Art und Weise, Form des Erwerbs von Sicherungseigentum 12
§ 8 Regelfall des Sicherungsübereignungsvertrags . . . 12
§ 9 Zur Äquivalenz von Sicherungsgegenstand und Gläubigerforderung . . . . . 13
§ 10 Bedeutung der Bedingungen; ihr Verhältnis zum Besitzmittlerrechtsverhältnis . . . . . 13
§ 11 Der „fiduziarische" Inhalt des Sicherungsübereignungsvertrags . . . . . 15
§ 12 Die einzelnen rechtlichen Beziehungen, Leistungen, Ansprüche; ihre Kausalität . . . . . 16
Das Ganze ein einheitlicher gegenseitiger Vertrag, ein vertragliches Schuldverhältnis.
§ 13 Die Rechtswirkungen des Sicherungsübereignungsvertrags 18


#### A. In der Schwebezeit der auflösenden Bedingung:


I. Zusammenfassung der Rechtswirkungen.
II. Einzelheiten:
1. Sicherung der Erfüllung trotz Verjährung (19). 2. Wesen des S.-Eigentums (19). 3. Besitzschutz (19). 4. Wesen der Anwartschaft (20). 5. Rechtswirkungen der Anwartschaft für den

Berechtigten (21). 6. Gebundenheit für den Verpflichteten (22). 7. Schutz gegen tatsächliche und rechtliche Einwirkungen (22) und zwar nach 160 B. G. B.; 8. nach 161 B. G. B. 9. Fiktionen des 162 (24). 10. Aus der Eigenart als gegenseitiger Vertrag; Gefahrübergang, nachträgliche Genehmigung, Verzug (25). 11. Erhöhung, Minderung der vertraglichen Leistungen (26). 12. Vertragliche Abänderung der Befugnisse und Rechtswirkungen. 13. Sogen. fiduziarische Rechtswirkungen (27). 14. Verweisung auf andere Rechtswirkungen (28). 15. Bezugnahme auf Rechtswirkungen in den besonderen Verfahren (28).

§ 14 B. Die Rechtswirkungen **im Zeitpunkt der Entscheidung der Bedingung** . . . . . 28

1. Bei Ausfall der Bedingung: a. unbedingtes Eigentum (28), b. Besitzmittlerrechtsverhältnis; Früchte des S.-Objektes (28), c. Herausgabe (28), d. Verwertungsgrundsätze (28).

2. Beim Eintritt der Bedingung (29).

§ 15 Ungültige (nichtige, anfechtbare, unwirksame) Sicherungsübereignungen . . . . . 29

I. Allgemeine Vorbemerkungen 1. zum genetischen Synallagma 2. zur Kausalität.

II. Die für den S.-Ü.-Vertrag besonders wichtigen Ungültigkeitsgründe:

1. Bei Bekämpfung der S.-Ü. (30), 2. Bei Vereinbarung der Schriftlichkeit sowie bei S.-Ü. von Grundstücken (30), 3. a Verstoß gegen gesetzliches Verbot und gute Sitten (30), b. Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (31), c. bei wucherischer Ausbeutung (31), d. Rückfall der Leistung, ungerechtfertigte Bereicherung. 4. Bei Eigentumsvorbehalt (31), 5. a. wesentliche Bestandteile (32), b. nicht wesentliche Bestandteile. 6. Zubehör, Nebenleistungen, Zutaten (33), 7. beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters (34), 8. Weitere Ungültigkeitsfälle siehe Rechtswirkungen (34).

§ 16 Sicherungsübereignung von Gegenständen, die zu einem **Sachinbegriff** (Warenlager usw.) gehören . . . 34

I. Kampf gegen S.-Ü. von Warenlagern. II. Frühere Lehre über den Sachinbegriff.

III. Mögliche Abhilfe durch Umdeutung nach 419 (35). IV. Heutige Auffassung über Sachinbegriff als Gegenstand von Rechten; Kasuistik nach der Rechtsprechung usw. (37).

§ 17 **Das Sicherungseigentum in den besonderen Verfahren:** 40

A **im Zwangsvollstreckungsverfahren** I. während der Schwebezeit der Bedingung, 1. gegenüber dem S.-Gläubiger (40), 2. gegenüber Dritten (40), II. nach der Schwebezeit, III. die Widerspruchsklage insbesondere (41).

B **im steuerrechtlichen Pfändungsverfahren** . . . . 41

C **im Konkursverfahren** . . . . . 41

1. Bisherige Behandlung (41), 2. Einzelleistungen (42), 3. allgemein konkursrechtliche Grundsätze a. bei gegenseitigen Verträgen (42), b. Rücktritt vor der Konkurseröffnung (43), c. Wahlrecht des Konkurs-Verwalters (44), d. Erfüllungsannahme (44), e. Ablehnung der Erfüllung, Schadensersatz und Aussonderungsschuld (44). Der S.-Ü.-Vertrag **im Konkurs des S.-Schuldners** a. Anmeldung (45), b. der K.-Verwalter ist zur

Erfüllung bereit (46), c. der K.-Verwalter lehnt die Erfüllung ab (45). 5. Im **Konkurs des S.-Gläubigers:** a. Anmeldung (46), b. bei Erfüllung des K.-Verwalters (47), bei Erfüllungsablehnung (47). 6. **bei gleichzeitigem Konkurs** von S.-Gläubiger und S.-Schuldner (47).

D **im Verfahren nach der Vergleichsordnung** . . . 47

E **im Verfahren der Versicherungsgesellschaften** . . 48

§ 18 Die der S.-Übereignung ähnlichen Rechtsgeschäfte . . 48
I. Sicherungskauf (48). II. Eigentumsvorbehalt (49). III. Mobiliarpfand (50).

**Fünftes Kapitel:**

Die Sicherungsabtretung von Forderungen; die Diskontierung von Buchforderungen; der Sicherungsnießbrauch.

§ 19 Die Sicherungsabtretung (Sicherungszession) . . . 51

§ 20 Die Diskontierung von Buchforderungen . . . . 57

§ 21 Der Sicherungsnießbrauch . . . . . 58

## Literatur-Verzeichnis:


Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession, Berlin 1903 (Diss.)
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
Gaupp-Stein, herausgegeben von Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 12. und 13. Aufl.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, V. Aufl
Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 2. Aufl.
v. Ihering, Der Kampf um's Recht, mit einem Vorwort von Wassermann, Berlin 1925.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 3. und 4. Aufl., sowie 6. und 7. Aufl. (bisher erschienen I Band, § 1 bis 27, S. 1. bis 472).
Kiesow, Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. II. Aufl.
Kreß, Besitz und Recht, Nürnberg 1909.
Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
Mayer, Bernhard, Kommentar zur Vergleichsordnung, München.
Salkowski, Institutionen 7. Aufl.
v. Sicherer, Vorlesung über deutsche Rechtsgeschichte und Grundzüge des deutschen Privatrechts.
v. Staudinger, Kommentar zum B. G. B., 9. Aufl.
v. Tuhr, Allgem. Teil des deutsch. bürgerl. Rechts, Bd. III, 1918.
Weinberger, Die Aussonderung anvertrauter Werte (Diss. Würzburg), Abdruck aus den „Annalen des Deutschen Reichs" 1906 Nr. 6.
Weinhausen, Die Sicherungsübereignung, 2. Aufl.


## Gerichtsentscheidungen, Zeitschriften, Sammelwerke
(mit Angabe der Abkürzungen).

Bankarchiv. Bd. XXVII.
D. J. Z.: Deutsche Juristenzeitung 1902 (Lilienthal S. 542 ff.) und andere Jahrgänge (im Einzelnen angeführt).
Gruch.: Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Höchstr. R. = Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Jur. Rdsch.: Juristische Rundschau 1927 (S. 665 **Nord**).
J. W.: Juristische Wochenschrift 1924, 1929 (S. 1643: **Oertmann**). 1930 u. A.
L. Z.: Leipziger Zeitschrift für Recht.
Mot., Prot = Motive, Protokolle zum B. G. B.
Mot. z. K. O. = Motive zur Konk.-Ordnung (Reichsdrucksachen, 2. Legislaturperiode II Sess. 1874/75 IV.
O. L. G.: Entsch. der Oberlandesgerichte.
Recht: Das Recht. Herausgeg. von Lindemann und Soergel.
R. G. Z.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuff. A.: Seufferts Archiv.
Warneyer J.: Warneyers Jahrbuch d. Entsch.

## Im Text gebrauchte Abkürzungen:

| | |
|---|---|
| S.-A.: | Sicherungsabtretung. |
| S.-Eigentum: | Sicherungseigentum. |
| S.-Gläubiger: | Sicherungsgläubiger (Sicherungsnehmer). |
| S.-Gegenstand: | Sicherungsgegenstand. |
| S.-Objekt: | Sicherungsobjekt. |
| S.-Schuldner: | Sicherungsschuldner (Sicherungsgeber). |
| S.-Ü.: | Sicherungsübereignung. |
| S.-Ü.-Vertrag: | Sicherungsübereignungsvertrag. |
| S.-Zweck: | Sicherungszweck. |

# Erstes Kapitel.

## Zur Abstellung der Sicherungsübereignung auf ihren Zweck.

### § 1. Begründung dieser Abstellung.

1. Die Abstellung der Behandlung der S. Ü. auf den Zweck gründet sich auf die Beobachtung, daß im Schrifttum wie in der Rechtsprechung immer wieder versucht wird, dem rechtsgeschäftlichen Willen ein mehr wirtschaftliches als rechtliches (juristisches) Ziel zu geben. Dabei wird also der Zweck mit der Wirkung des Rechtsgeschäfts vermischt. Es ist deshalb besonders in dem alten Streit der Meinungen über das Wesen des S.-Eigentums und die Zulässigkeit der S. Ü. schon frühzeitig davor gewarnt worden, die rechtliche Charakterisierung der Rechtsgeschäfte von ihrem wirtschaftlichen Zweck abhängig zu machen, wobei an die Mahnung erinnert wurde, daß die Vermengung von Jurisprudenz und Nationalökonomie zu verschwommenen die Festigkeit des Rechtes auflösenden Zuständen führt. So Lilienthal in D. J. Z. 1902 S. 342 ff. Trotzdem fand man bis zuletzt — u. a. im Zusammenhang mit dem „fiduziarischen" Charakter des S.-Ü.-Geschäftes — die Auffassung vertreten, daß das Eigentum am Sich.-Gegenstand nur formell-juristisch auf den Gläubiger übergehe, während es materiell-wirtschaftlich beim Schuldner verbleibe. Vgl. hiezu u. a. Weinberger, die Aussonderung anvertrauter Werte S. 5; Nord in Jur. Rdsch. 1927 S. 542; dagegen v. Tuhr III 203 und Weinhausen S. 51 f. Die späteren Ausführungen (vgl. §§ 13, 14) über die Rechtswirkungen der S.-Ü. und über das Wesen des Sich.-Eigentums werden ergeben, daß die Trennung zwischen formell-juristischem und materiell-wirtschaftlichem Eigentum durchaus abwegig ist, wie auch die neuere Rechtsprechung (vgl. Oertmann in D. J. Z. 1929 S. 1643) von ihrer früheren Auffassung sich abgewendet und der Ansicht widersprochen hat, daß die S.-Ü. ein besonderes, mit geringerer dinglicher Kraft versehenes Eigentum schaffe und daß der Sich.-Gläubiger eine bloß „formale", nur im Außenverhältnis wirksame Eigentümerstellung habe. Vielmehr begründe die S.-Ü. „volles bürgerlich-rechtliches Eigentum, an dessen dinglicher Wirksamkeit durch Vereinbarung der Beteiligten nichts geändert werden kann." Dies Ergebnis deckt sich im Grunde mit jenem, das — wie erwähnt — die Abstellung der S.-Ü. auf den Zweck, die Scheidung zwischen ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Zielen bringt.

2. Die Zweck-Abstellung läßt es zunächst für angebracht erscheinen, eine gedrängte Zusammenfassung der Lehre vom Zweck im Rechtsgeschäft vorauszuschicken, um in den einzelnen Teilen der Abhandlung ihrer Einheitlichkeit halber hierauf zurückgreifen zu können. Hiebei wird in den Hauptlinien der planmäßig gefügte Aufbau im Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts (§ 5 S. 35—58) von H. Kreß zu Grunde gelegt.

### § 2. Grundsätzliches vom Zweck beim Rechtsgeschäft.

I. Die Bewegung der Güter ist dem Willen der Beteiligten — dem Rechtsgeschäft — überlassen; der Schutz der Güter wird im Wesentlichen durch die Rechtsordnung geregelt. Die Parteien wollen dabei immer bestimmte Zwecke wirtschaftlicher Art erreichen; sie bewegen die Güter nicht, nur um sie zu bewegen; sie erzeugen die rechtlichen Wirkungen (Ansprüche, Verschaffung absoluter Rechte usw.) nicht nur zu dem Zweck, um sie zu erzeugen. Die durch Vertrag erzeugten Rechtswirkungen haben juristisches Gepräge; der damit verfolgte Zweck ist wirtschaftlicher Art.

II. Die Rechtsordnung gibt die Verfolgung aller Zwecke frei, sofern sie nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen (134,138). Zahl und Art der Zwecke geht daher nicht aus der Rechtsordnung, sondern aus dem Wirtschaftsverkehr hervor. So ergeben sich als Hauptarten (Typen) der Zwecke:

1. beim **Abschluß** der im Dienste der Güterbewegung stehenden Verträge: der Austauschzweck (bei Kauf, Tausch usw.) und der Unentgeltlichkeitszweck (bei der Schenkung, Leihe).

2. bei der **Abwickelung** der Schuldverhältnisse und Ansprüche: der Aufhebungszweck (z. B. Erfüllung nach 362,364), der Änderungszweck (z. B. Schuldübernahme nach 414 ff.) und der Sicherungszweck (z. B. bei Bürgschaft, Fahrnispfand, Sicherungsgeschäft nach 223 II).

Die Abwickelung kann auch Selbstzweck sein, wenn sie zu keinem anderen Zweck als zu dem der Aufhebung, Änderung vereinbart wird.

Bei allen **fiduziarischen** Rechtsgeschäften werden wohl Abwickelungszwecke verfolgt, nämlich Zwecke der Sicherung, der Einziehung des Anspruchs usw. Die Abwickelungszwecke sind unselbständiger Art; ihre Erreichung setzt das Bestehen des

Schuldverhältnisses voraus, welches aufgehoben, geändert, und das Bestehen der Ansprüche, die abgewickelt (aufgehoben, geändert, gesichert) werden sollen.

III. Um die Zwecke rechtlich zur Geltung zu bringen, bedarf es der Zweckvereinbarung, nämlich der Einigung über den Zweck und seine rechtliche Erheblichkeit. Diese Einigung wird von wirtschaftlichen Erwägungen bestimmt.

Weitere Zwecke erlangen rechtliche Bedeutung dann, wenn sie zum „rechtlichen Grund", zum „Inhalt des Rechtsgeschäfts" (812 I) gemacht werden, also wenn die Parteien auch über diese und ihre rechtliche Erheblichkeit sich einigen. Hängt nach dem Willen der Parteien oder nach den im Gesetz vorgesehenen Einzelfällen (z. B. das einseitige Auslobungsversprechen nach 657 kann nur zu dem vorgeschriebenen Austauschzweck, nicht zu anderen Zwecken vorgenommen werden — vgl. Kreß a. a. O. S. 57) das Zustandekommen der Verträge von der Zweckerreichung ab, so werden die Verträge als kausale bezeichnet. Kausale Verträge entsprechen der wirtschaftlichen Denkungsart der Menschen (vgl. Kreß a. a. O. S. 45) Zweckvereinbarung und Zweckerreichung bilden den „rechtlichen Grund" im Sinne des 812 I, die rechtliche Stütze für den Fortbestand der Güterbewegung.

IV. Hinter dem zunächst in Betracht kommenden typischen Zweck können die Parteien weitere Zwecke typischer oder anderer (atypischer) Art zu rechtlicher Erheblichkeit bringen, indem die Erreichung des weiteren Zweckes dem Vertrag als Bedingung — kausal — angefügt oder gemäß 812 I in den Inhalt des Rechtsgeschäfts" aufgenommen wird. Die mehreren Zwecke werden gestaffelt, nämlich dann, wenn eine Teilung der Leistung nicht in Frage kommt, oder sie werden gemischt, wenn ein Teil der Leistung zu dem einen und der andere Teil zu dem anderen Zweck bewirkt wird, ohne daß die Teile von den Vertragsschließenden ausgeschieden werden. Eine solche Ausscheidung muß jedoch für die rechtliche Beurteilung vorgenommen, das Schuldverhältnis in die, den Zwecken entsprechenden Teile zerlegt werden, wenn auch aus der einheitlichen Gestaltung des Rechtsgeschäfts die Teile, die den Zwecken entsprechenden Teilschuldverhältnisse nur vereint entstehen und fortbestehen sollen. Nichtigkeit und Endigungsgründe des einen Teilschuldverhältnisses erstrecken sich deshalb auf das andere. (Vgl. Kreß a. a. O. § 6, C a, b S. 76 ff. bes. Anm. 23 und 24).

V. 1. Zweck und Leistung (bei entgeltlichen gegenseitigen Verträgen auch die Gegenleistungen) bilden den **Inhalt** des schuldrechtlichen Vertrags. Unterschieden aber wird das einzelne Rechts- oder Schuldverhältnis nicht nach dem Zweck, sondern nur nach der Art der Leistung, welche die Rechtswirkung erzielt. (Vgl. Kreß a. a. O. S. 69 und S. 61). So z. B. verfolgen Mobiliarverpfändung und S.-Übereignung den gleichen Zweck einer Sicherung der Gläubigerforderung. Die Leistung (und ihre Rechtswirkung) aber ist bei beiden verschieden. Sie erfordert beim Faustpfand nach 1204 ff. die Übergabe des Sicherungsobjektes oder, falls der S.-Gläubiger im Besitz derselben ist, die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts, oder aber die Ersatzübergabe unter Übertragung des mittelbaren Besitzes nach 1205 II, bei der S.-Übereignung dagegen im Regelfall die Übereignung des S.-Objektes unter Vereinbarung eines Besitzmittlerrechtsverhältnisses nach 930, 868.

2. Es ist weiterhin nicht ausgeschlossen, daß die gleiche Leistung — auflösend bedingt — mehreren Zwecken dient; so kann z. B. — wie beim S.-Ü.-Vertrag — die Übereignung als Entgelt für eine Geldschuld (zunächst) auflösend bedingt für die Kreditierung (Vorleistung — 321 — ist bei einem gegenseitigen Vertrag immer Kreditierung, vgl. Kreß a. a. O. S. 85) sicherungshalber (Sicherungszweck) und gleichzeitig für den Ausfall der Bedingung d. h. bei Nichtzahlung der Schuld erfüllungshalber (Erfüllungs-Aufhebungszweck) geleistet werden. Der Zweck wird geschieden, aber die Leistung ist trotz der facultas alternativa eine einheitliche Übereignung. (Vgl. später 13 A II 4 a — und Kreß S. 76). Es liegt hier eine Mischung der Zwecke auf gleicher Stufe vor (Kreß S. 76). Das Gleiche gilt bei der Sicherungsabtretung (vgl. § 19 A).

3. Der Mangel der in Ziff. 1 und 2 erwähnten Unterscheidung oder auch die Vermischung von Zweck und Leistung hat u. a. mit dazu beigetragen, dem Sicherungseigentum „pfandrechtähnlichen" Charakter beizumessen oder gar der S.-Ü. den Vorwurf zu machen, daß sie in fraudem legis durch die Schaffung eines für den Gläubiger „besitzlosen Pfandes" diene und daß sie durch die gleichzeitige Vereinbarung der Verwertung des Sicherungsobjektes erfüllungshalber gegen das Verbot der lex commissoria (1229) verstoße. Aus den gleichen Gründen wird heute immer noch im Konkursverfahren sowie im Verfahren nach der Vergleichsordnung die Leistung der Sicherungsübereignung in ihrer vollen rechtlichen Bewertung verdunkelt; denn es wird diese Einzelleistung aus dem gegenseitigen Vertrag der S.-Ü. heraus allein in ihren Rechtswirkungen beurteilt und nicht in dem bestimmenden Synallagma der

Gegenleistungen des ganzen Vertrags, auch nicht unter Berücksichtigung der hierfür nach der K. O. und V. O. geltenden Sonderbestimmungen. (Vgl. § 17, C. und D.)

## Zweites Kapitel.

### Die Sicherungsübereignung als Notbehelf des heutigen Wirtschafts- und Rechtslebens

### § 3. Die Wirtschaftskrisen; ihre wichtigsten Begleit- und Folgeerscheinungen.

1. In schweren Wirtschaftskrisen, wie sie das deutsche Volk seit der Inflation, Währungsstabilisierung und Deflation mit ihren gewaltigen Vermögensänderungen und -Verschiebungen durchmacht, verlangt der Wirtschaftsverkehr nach Mitteln, die seinen allseitigen Bedürfnissen und Nöten abhelfen können. In vorderster Linie stehen dabei die Schaffung, Erhaltung der Betriebsmittel und ihre restlose Ausnützung. Dies führt zunächst zur Vorbeuge und Sicherung gegen Vermögenseinbußen. Die große Menge von Zahlungseinstellungen, Konkursen, die Knappheit an Zahlungsmitteln, die allgemeine Erschwerung des Kredits und die Höhe des Zinsfußes, die zum Schlagwort gewordene „gesunkene Geschäftsmoral" und andere Begleiterscheinungen der allgemeinen Wirtschaftskrisis mahnen im täglichen „Kampf um's Recht" zu einer im Wirtschaftsverkehr besonders gebotenen Vorsicht, zur Fürsorge für die Verwirklichung von Forderungen. Man spricht in diesem Sinne von einer Gläubigernot und Kreditnot und sucht als Abhilfe jede Art von Sicherung. Der Schuldnernot ist in Deutschland genügend Rechnung getragen worden; ungenügender Gläubigerschutz aber hatte stets Krediteinschränkungen zur Folge und schädigt damit letzten Endes die Schuldner, denen er dienen soll. (Vgl. Vorwort von Wassermann zu „Der Kampf um's Recht" von Ihering, S. 9. und 10).

2. Das Hauptziel aller Kreditsicherung bleibt jenes, das Risiko, die Verlustgefahr einzuschränken. Der Wege hiezu gibt es viele, denn die Parteien sind hinsichtlich der Mittel (Gegenstände) und Zweckverfolgung im Wesentlichen nicht eingeengt, nämlich soweit es sich um Rechtsgüter handelt, ein gesetzliches Verbot oder hinderndes Gebot hinsichtlich dieser und der verfolgten Zwecke nicht besteht und vor allem das Rechtsgeschäft nicht als sittenwidrige Handlung sich darstellt (vgl. § 3 II).Es ist deshalb nicht nötig, daß sie bei der Güterbewegung nur die im Gesetz normierten Rechtsgeschäfte, die typischen Verträge wählen; sie können dem Rechtsgeschäft auch einen Tatbestand geben, der nach Zweck und Leistung sich an den gesetzlichen Tatbestand anlehnt oder ganz anders ausfällt. Immer aber wird es dem natürlichen, wirtschaftlichen Sinne entsprechen, wenn jede Partei von ihren Rechten und Sachwerten — in der Substanz wie in den Erträgnissen — nach jeder Richtung ergiebigen Gebrauch macht.

3. Die volle Nutzung und Ausnutzung der in jedem Wirtschaftsgut liegenden Sachwerte zu Kreditzwecken hat dazu geführt, mehr als zuvor die S.-Ü. als Kreditmittel zu verwenden. Die typischen Kreditsicherungen (Bürgschaft, Pfandrecht an Gründstücken, Fahrnis und Rechten, Zurückbehaltungsrecht, Vertragsstrafe, Hinterlegung zur Sicherung) haben hiezu schon in der Vorkriegszeit nicht mehr ausgereicht. Trotz des seit bald einem Menschenalter geführten Meinungsstreites über die rechtliche Zulässigkeit und Auswirkung der S.-Ü. hat sich diese neben dem Eigentumsvorbehalt (455) immer mehr als Kreditbehelf durchgesetzt. Es ist hier nicht der Raum, die Nachteile und Vorzüge der sonstigen Sicherungsmittel im Einzelnen abzuwägen; dies soll in den Hauptpunkten bei der Behandlung der wesensähnlichen Sicherungsgeschäfte (§ 18) und in ihrem Vergleich zu den Vorteilen der S.-Ü., deren hauptsächlichster im Verbleib der Gebrauchsnutzung des S.-Gegenstandes beim S.-Schuldner liegt, geschehen.

4. Ist die S.-Ü. das — besonders wegen des Mangels der Publizität und wegen der Auswüchse — viel getadelte Verkehrsbedürfnis des Wirtschaftslebens geworden, so liegt ihr hauptsächlichster Schutz gegenüber zivilrechtlichen Schäden in der Vorsicht und Umsicht nach der persönlichen Richtung. Andererseits bedeutet die Wahrung der Geschäftsmoral im Verkehrsleben das beste Mittel für Schaffung von Kredit und gegen strafbaren wie nachteiligen Mißbrauch. Die Notwendigkeit der persönlichen Umsicht und Vorsicht kann nicht stärker betont werden, als wie es das R. G. (Urt. v. 28. 11. 28. J. W. 1929 S. 582) tat, wenn es dem Käufer eines Automobils grobe Fahrlässigkeit deshalb zur Last gelegt hat, weil er beim Erwerb zuverlässige Erkundigungen über die Verneinung eines Eigentumsvorbehaltes unterlassen hat.

### § 4. Die Bekämpfung der Sich.-Übereignung; Reformvorschläge.

Gegen das wirtschaftliche und rechtliche Notgebilde der S.-Ü., die sich bisher ohne gesetzgeberische Mitwirkung entwickelt und behauptet hat, sind zahlreiche

und nachhaltige Bedenken geäußert worden, die vor allem in der Durchbrechung des beim Faustpfand herrschenden Publizitätsprinzips ihre Begründung suchen. Aus dem Wirtschafts- und Rechtsleben heraus sind daraufhin Reformvorschläge entstanden, um auf gesetzgeberischem Wege in materiellrechtlicher wie prozessualer Richtung den behaupteten Mißständen und besonderen Auswüchsen zu steuern, die jedoch aus der gleichen, allgemein-wirtschaftlichen Not heraus in ähnlicher Weise auch bei den sonstigen Sicherungsgeschäften, z. B. beim Eigentumsvorbehalt, vorkommen. Das Schrifttum — vgl. besonders hiezu die Aufführung bei Weinhausen a. a. O. S. 117—161 (ausländische Regelung S. 163—166) sowie Hoeniger, die S.-Ü. von Warenlagern § 1 III S. 8—21 — hat zum Teil sehr eingehend Stellung zu den einzelnen Vorschlägen genommen, ohne jedoch eine Lösung zu bringen. Zu einer Reform ist es bisher nicht gekommen. Andererseits wurden Vergleiche mit der gesetzlichen Regelung solcher und ähnlicher Rechtsinstitute in anderen Staaten durchgeführt, ohne daß für jene ein sichtbarer Erfolg im Sinne einer deutschen Gesetzesänderung verzeichnet werden kann; besonders auch nicht hinsichtlich der Einführung eines Registerzwanges für Mobiliarpfand und S.-Ü. So endigt ein fachmännisches Urteil über die mit Gesetz v. 1. 3. 1898 in Frankreich zugelassene Generalverpfändung von ganzen Geschäftsunternehmungen ohne Besitzübertragung und deren Registerzwang in der Zusammenfassung: une protection trop minutieuse devient facilement une entrave (vgl. Hoerniger a. a. O. S. 7.). Jede weitere, seine Flüssigkeit hemmende Fessel schadet aber dem deutschen Wirtschaftsleben, ist ihm unerträglich geworden, wie die vielen Warnungsrufe aus Fachkreisen von Handel, Industrie und Gewerbe beweisen.

Das deutsche Rechtsleben wird auch ohne Reform durch einheitliche Rechtsprechung im Einklang mit der Rechtslehre das Rechtsinstitut der S.-Ü. in die derzeitige Rechtsordnung ausgleichend einzufügen wissen, eingedenk der nachhaltigen Mahnungen von Iherıng (vgl. Wassermann a. a. O. S. 76, S. 9): „Der Kampf ist die ewige Arbeit des Rechts". „Eine kräftige Zeit sorgt vor Allem dafür, daß der Gläubiger zu seinem Rechte komme, und scheut auch die Strenge gegen den Schuldner nicht, wenn sie nötig ist, um die Sicherheit des Verkehrs, Vertrauen und Kredit aufrecht zu erhalten".

## Drittes Kapitel.

### Die Sicherungsübereignung als Rechtsinstitut.

### § 5. Allgemeine Begründung ihrer rechtlichen Zulässigkeit.

### I. Rechtsgeschichtliches und System des Rechts.

1. Übereignungen zur Sicherung einer geschuldeten Gegenleistung waren schon nach dem vorklassischen röm. Recht sowie nach den deutschen Stammesrechten möglich. Im röm. Recht konnte dazu der feierliche Scheinkauf — mancipatio — gewählt werden mit der formlosen, lediglich obligatorisch wirkenden Vereinbarung von Nebenbedingungen, die in das pactum fiduciae eingeschlossen wurden. Das ganze Rechtsgeschäft hieß deshalb mancipatio fiduciae causa. (Vgl. Salkowski a. a. O. § 92 I. II., Tuhr III, S. 189, Anm. 23.)

2. Nach dem Recht der deutschen Stämme war eine solche Sicherheitsleistung durch den Formalkontrakt möglich, den die lex Salica „fides facta", auch Wette, Wettvertrag = wadiatio nannte und der durch das Geben und Nehmen der festuca oder einer anderen körperlichen Sache (z. B. der Urkunde = carta) bindend wurde. Die körperliche Sache hieß wadium, daher der Name des Vertrages wadiatio d. h. rechtlich bindende Sache. (Vgl. v. Sieherer § 43.)

3. Im späteren deutschen Mittelalter soll die S.-Übereignung mit Besitzkonstitut vielfach zum Umgehen des kanonischen Zinsverbotes gedient haben. Der Gläubiger ließ sich Fahrnisstücke des Schuldners übergeben und vermietete sie gegen Zahlung eines Mietzinses, der sich mit der Forderung deckte, an den Schuldner. (Vgl. Caspari a. a. O. S. 3.)

II. Die Zulässigkeit des S.-Ü. nach dem geltenden Recht war lange Zeit bestritten, einerseits weil sie keine Regelung in der Rechtsordnung erfahren habe und andererseits, weil die Begründung eines „besitzlosen Pfandes" nicht nur gegen die Rechtsordnung verstoße, sondern allgemein diesem Zweck in fraudem legis diene. Die für die Zulässigkeit von Verträgen gegebenen allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts finden jedoch auch auf den der S.-Ü. Anwendung und widerlegen jene Einwände.

1. Zunächst sind die Güter, die bei der Güterbewegung der S.-Ü. vertragsgegenständig sind oder sein können, gesetzlich geschützte, also Rechtsgüter. So garantiert

die Reichsverfassung in art. 153 das Eigentum, schützt die bürgerliche Rechtsordnung u. a. neben dem Eigentum (823) den Besitz (856, 861 ff. 1007) das Vermögen (823 II, 826) und schließlich den Kredit (824 I). Aus diesen Rechtsgütern können ihrem Träger Ansprüche in dem allgemeinen Sinne des 194 I B. G. B., nämlich „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen" erwachsen, sohin Ansprüche aus einem Gebote (Verlangen auf ein Tun) oder aus einem Verbot (Verlangen auf ein Unterlassen). Während die Verbote dem Träger ohne sein Zutun die Schutzansprüche gewähren, weil sie den Eingriff in fremde Güter verbieten, werden durch die Gebote, durch jene Normen, welche die Überlassung der Güter an den Gläubiger gebieten, die Erwerbsansprüche gesichert. Doch werden die Erwerbsansprüche nicht gegen den Willen des Schuldners gewährt, sondern nur dann, wenn er es durch Vertrag oder einseitiges Rechtsgeschäft versprochen hat. Im Tatbestand der Erwerbsnormen ist deshalb das Rechtsgeschäft enthalten. Vgl. Kreß a. a. O. § 1, 2 a und b.

2. Wie schon in § 2, II erwähnt, gibt die Rechtsordnung die Verfolgung aller Zwecke frei, wenn der Zweck nicht gesetzlich festgelegt ist (z. B. der Austauschzweck für das einseitige Auslobungsgeschäft nach 657). Auch wird der bei der S.-Ü. verfolgte, gestaffelte Zweck (Abwickelungs-Aufhebungs- und Sich.-Zweck) bei Rechtsgeschäften verfolgt, die gesetzlich normiert sind. Z. B. beim Faustpfand, Bürgschaft usw. Dieser Zweck ist im Einzelnen wie in seiner Mehrheit (Staffelung und Mischung) nicht verboten und an sich nicht sittenwidrig.

3. Im Willen der Parteien ist es gelegen, von ihrer Zweck-Vereinbarung und -Erreichung ist es im allgemeinen abhängig, ob und inwieweit sie die Rechtswirkungen des Erwerbsgeschäfts nur zwischen sich selbst, im Innenverhältnis oder auch gegenüber Dritten, im Außenverhältnis, eintreten lassen wollen. Voraussetzung bleibt auch hier, daß Zweckvereinbarung und Zweckerreichung nicht gegen die Rechtsordnung und die guten Sitten (134, 138) verstoßen.

4. In der Zusammenfassung stellt sich demnach der S.-Ü.-Vertrag allgemein und vom Gesichtspunkt der Fortbildung des Rechts aus als ein rechtlich zulässiges Institut der Privatautonomie dar, auf welches die in Art. 152 der Reichsverfassung garantierte Vertragsfreiheit in der zwiefachen Hinsicht Anwendung findet, nämlich

a) nach dem gewöhnlich betonten Sinne dieses Grundsatzes, daß die Bestimmung des Gegenstandes der Verpflichtung den Vertragsparteien freisteht und

b) nach der hauptsächlichen Bedeutung des Grundsatzes, daß die Bestimmung des Zweckes der Verträge (der vertraglichen Güterbewegung, Verpflichtung, Verfügung) den Beteiligten im Wesentlichen freigestellt ist.

5. Die S.-Ü. ist schließlich durch eines der jüngsten Reichsgesetze bürgerlichrechtlichen Inhalts insofern anerkannt, als die Vergleichsordnung v. 5. 7. 27 (Reichsges. Bl. 1927 S. 139 ff.) verlangt, daß das zur Sicherung übertragene Eigentum in der Vermögensübersicht des Vergleichsschuldners aufgeführt wird. V. O. 18, 16 I 2. — vgl. später § 17 D.

# Viertes Kapitel.

## Die Sicherungsübereignung als gegenseitiges Vertragsverhältnis, abgestellt auf den Zweck.

### § 6. Inhalt und Gegenstand der Sicherungsübereignung.

1. In Anlehnung an den Wortlaut einer Bestimmung im allgemeinen Teil des B. G. B. (223 II) wurde früher vielfach der Inhalt der S.-Ü. in einem mehr zusammenfassenden, allgemeinen Sinne darin gefunden, daß „zur Sicherung eines Anspruches ein Recht übertragen" wird. Bei dem Mangel der näheren Festlegung des gesamten Tatbestandes der S.-Ü. in der Rechtsordnung unterscheidet man jetzt allgemein begrifflich zwischen der Sicherungsübereignung und der Sicherungsabtretung (auch Sicherheitszession). Der Unterschied zwischen beiden beruht in dem Gegenstand, auf den das Sicherungsgeschäft sich erstreckt. Sind dies Forderungen und ihnen gesetzlich gleich gestellten Rechte, so fallen sie in die Güterbewegung der Sicherungsabtretung (vgl. deren gesonderte Behandlung in § 19 ff.). Dagegen sind Sachen — bewegliche und unbewegliche — Gegenstand der Sicherungsübereignung.

2. Von den Sachen kommen für die S.-Ü. fast ausschließlich die beweglichen, die Fahrnis, — auch Wertpapiere, Kuxe, Dispositionspapiere gemäß 363 H. G. B. (nicht aber Legitimationspapiere, z. B. 808 B. G. B.) — in Betracht. Zwar stünde begrifflich und rechtlich nichts im Wege, auch Grundstücke und die in der rechtlichen Behandlung diesen gleichgestellten Rechten (z. B. Erbbaurecht 1012, 1017, 313) sicherungshalber zu übereignen. Doch wäre hiefür wie für die Rückübertragung die

Eintragung im Grundbuch (vgl. § 15 II 2) nötig. Die Scheu vor den nicht unbedeutenden Notariats- und Gerichtskosten sowie den sonstigen Unkosten (Besitzveränderungsabgaben usw.), auch die zeitraubende Durchführung bilden wohl die Hauptgründe, weshalb von solchen S.-Übereignungen bisher so gut wie kein Gebrauch gemacht worden ist, obwohl angesichts der hohen Bankzinsen sowie des bisher sehr hohen Reichsbankdiskontsatzes Fälle der Eigentumsübertragung an Grundstücken zwecks Sicherung einer langfristigen Darlehensforderung sich denken lassen. Immerhin liegt die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld näher, soll ein Grundstück zur Sicherung einer Forderung dienen.

3. Die genaue Bestimmbarkeit und rechtliche Selbständigkeit des S.-Gegenstandes oder aller S.-Objekte, auf welche die S.-Ü. sich erstrecken soll, gehört zu den Voraussetzungen eines rechtswirksamen S.-Ü.-Vertrages (vgl. § 16 IV). Wegen der S.-Ü.- von wesentlichen Bestandteilen, Zubehör usw. vgl. § 15, Ziff. 5 und 6.

### § 7. Art und Weise, Form des Erwerbs von Sicherungseigentum.

1. Für die Art und Weise des Erwerbs von Sich.-Eigentum im Regelfall (vgl. § 8) gelten die für den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen im B. G. B. (929 ff.) enthaltenen Bestimmungen mit dem Haupterfordernis der Übergabe der Sache und der Einigung über den Eigentumsübergang. Die körperliche Übergabe wird hiebei durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses ersetzt, vermöge dessen der Erwerber (Gläubiger) den mittelbaren Besitz erlangt und der Veräußerer (Schuldner) ihm gegenüber „auf Zeit zum Besitz berechtigt bleibt". 930, 868 B. G. B., vgl. auch später § 10, 3.

Am besten eignet sich zu einem solchen Besitzmittlerrechtsverhältnis im Regelfall der S.-Ü. der Verwahrungsvertrag, weil die meisten Vorschriften hierüber (688, 691 bis 698, 700) wegen der Art der Leistung („Verwahrung") gegeben sind, ohne daß es auf den — entgeltlichen oder unentgeltlichen Zweck der Leistung ankommt. (Vgl. Kreß a. a. O. § 6, 1 c S. 71.) Siehe § 16 IV 1.

2. Der Vertrag selbst über die S.-Ü. von beweglichen Sachen kann mit Rechtswirksamkeit für alle seine rechtlichen Beziehungen formlos abgeschlossen werden; eine schriftliche Abfassung mag dagegen als Stütze und Beweisstück für die Abwickelung des gesamten vertraglichen Rechtsverhältnisses dienen. (Vgl. jedoch § 15 II. 2.)

### § 8. Regelfall des Sicherungsübereignungsvertrags.

Wenn auch die Parteien in einem S.-Ü.-Vertrag nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (vgl. § 5, II) noch weitere zulässige Zwecke (typischer und atypischer Art, gestaffelt und gemischt) und ebensolche Leistungen vereinbaren können, so beschränkt sich doch mit Rücksicht darauf, daß es sicht fast ausnahmslos um die Sicherung und Erfüllung von Forderungen aus dem Darlehens- und Waren-Kredit handelt, der Tatbestand der S.-Ü. auf folgenden Hauptfall:

Der Schuldner (Sicherungsschuldner) übereignet zur Sicherung einer Forderung seines Gläubigers (Sicherungsgläubigers) diesem eine (bewegliche) Sache, deren Übergabe ersetzt wird durch die gleichzeitige Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Gläubiger den mittelbaren Besitz am Sicherungsgegenstand erlangt und der Schuldner bis zur Fälligkeit der Schuld zum Besitz des S.-Gegenstandes berechtigt bleibt. Bei nicht zeitgerechter Tilgung der Schuld soll der Gläubiger als Eigentümer aus dem S.-Gegenstand sich befriedigen, der Wertunterschied von Schuld und S.-Gegenstand festgestellt und beglichen werden. Dagegen soll bei rechtzeitiger Tilgung der Schuld das S.-Eigentum des Gläubigers erlöschen.

In eine schriftliche Vereinbarung wird häufig noch aufgenommen:

1. Daß im Falle rechtzeitiger Erfüllung der Gläubigerforderung (Eintritt der Bedingung) das Eigentum am S.-Gegenstand an den S.-Schuldner zurückfällt, oder

2. daß im gleichen Fall der S.-Gläubiger verpflichtet ist, das Eigentum an den Schuldner zurück zu übertragen,

3. daß bei nicht rechtzeitiger Zahlung (Ausfall der Bedingung) das Eigentum „ohne Weiteres" (oder „endgiltig") beim Gläubiger verbleibt.

Solche Zusätze, weiteren Vereinbarungen wie 1. und 3. sind für die Rechtsgültigkeit der S.-Ü. belanglos; denn sie bedeuten nichts anderes als die Angabe von Rechtswirkungen, die von der Rechtsordnung bestimmt sind. Etwas anders als eine auflösend bedingte Sich.-Übereignung kann aus dem für die Abwickelung des ganzen Rechtsverhältnisses vereinbarten Sicherungs- und Erfüllungszweck nicht geschlossen werden. Vgl. später § 10 Ziff. 1, 4, 6, 7 b. Auflösend bedingte Rechte äußern je nach dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung (hier ist die Zahlung oder Nichtzahlung der Schuld im Fälligkeitstermin die facultas alternativa) ihre gesetz-

liche Wirkung 158 II. Wenn dagegen im Fall 2 begründete Zweifel bezüglich des wahren Parteiwillens im Einzelfall bestehen, wäre zu prüfen, ob nicht ein Sicherungskauf — vgl. § 18 I — vorliegt. Für die Annahme des letzteren könnte dann die Feststellung wichtig sein, ob zwischen den Parteien der Wert des S.-Objektes schon erfüllungshalber verrechnet, der Rückkaufpreis bestimmt ist. Jedenfalls können — auch soweit nicht notwendig — jene Zusätze bei schriftlicher Abfassung und im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen unter Umständen als Stütze und Beweisstück für die ganze Abwickelung dienen, zumal wenn sie Näheres über die das Innenverhältnis treffenden, sogen. fiduziarischen Rechte und Pflichten enthalten. So finden sich vielfach Angaben über die Schlußabrechnung, über den Mehr- und Mindererlös gelegentlich der Verwertung des S.-Objektes, über Verrechnung der Schuldzinsen und des Entgeltes für die Gebrauchsüberlassung sowie der besonderen Aufwendungen für das S.-Objekt, über die Wahrung der Rechte des S.-Gläubigers Dritten gegenüber bei Pfändung, bei Untergang und wesentlichem Wertschwund des S.-Objektes.

### § 9. Zur Äquivalenz von Sicherungsgegenstand und Gläubigerforderung.

Der Gleichwert von S.-Gegenstand und Gläubigerforderung ist zur (relativen wie absoluten) Gültigkeit der S.-Ü. nicht erforderlich. Denn der Wert jeder Leistung ist wie der Zweck eine wirtschaftliche Erwägung (Beweggrund) und juristisch ohne Bedeutung, es sei denn, daß ein besonderes Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen, z. B. in den Fällen des Wuchers, der zu hohen Vertragsstrafe, für den Rechtsbestand des Vertrags überhaupt von Einfluß wäre. (Vgl. Kreß, § 5, 2 S. 41, Anm. 5.) Deshalb hat auch der Schuldner selbst bei wesentlicher Werterhöhung des S.-Objektes oder bei einer Mehrheit der S.-Objekte (Warenlager!) oder bei teilweiser Tilgung seiner Schuld in der Schwebezeit grundsätzlich keinen Anspruch auf Freigabe des S.-Gegenstandes oder eines Teiles von mehreren, wie auch der S.-Gläubiger vom S.-Schuldner zur Sicherung derselben Forderung wegen Minderwertes des S.-Objektes eine weitere Sicherung oder gar eine, dem Minderwert entsprechende Zahlung der Schuld vor deren Fälligkeit nicht verlangen darf, vielmehr den Minderwert, den Ausgleich erst frühestens beim Ausfall der Bedingung und bei Feststellung des Mindererlöses geltend machen kann. (Vgl. § 12, II 4 b und § 14 B 1 d.) Das ergibt sich für die S.-Ü. aus dem S.-Zweck und Erfüllungszweck, der Zweckvereinbarung und Zweckerreichung. (Vgl. § 12 III, IV.) Dagegen stünde wiederum nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nichts im Wege, wenn die Parteien etwa bei Vertragsabschluß entsprechende Rechte und Pflichten aus einer Erhöhung oder Minderung des Wertes des S.-Objektes ausdrücklich vereinbaren, zum „Inhalt des Rechtsgeschäfts" machen (812), so z. B. wenn bei S.-Ü. von zwei unter drei dem S.-Schuldner gehörigen Rennpferden vereinbart wird, daß das S.-Eigentum auf ein einziges der übereigneten Rennpferde dann sich beschränken soll, wenn dieses beim nächsten, vor Ausfall der Bedingung stattfindenden Hauptrennen den ersten Preis gewinnt, daß dagegen das S.-Eigentum des S.-Gläubigers auch auf das dritte Rennpferd sich erstrecken soll, wenn beim gleichen Rennen keines der sicherungsübereigneten zwei Pferde siegt oder wenn eines dieser dabei zu Grunde geht; im letzten Fall bedeutet dies gleichzeitig die Vereinbarung, daß die Gefahr für den S.-Gegenstand auch weiterhin vom S.-Schuldner getragen wird. (Vgl. § 13 A II 10.)

### § 10. Bedeutung der Bedingungen; ihr Verhältnis zum Besitzmittler-Rechtsverhältnis.

1. Die S.-Ü. im Regelfall ist keineswegs dahin zu verstehen, daß das S.-Eigentum vom S.-Gläubiger aufschiebend bedingt erworben wird, daß es also erst bei Nichtzahlung der Darlehens- usw. Schuld entsteht. Eine solche Annahme widerspräche der Zweckvereinbarung, dem Sicherungszweck; denn alle Leistungen sollen sofort bewirkt werden, so insbesondere die Kreditgewährung des Gläubigers, so die Übereignung sicherungshalber und bedingt erfüllungshalber an den Gläubiger unter gleichzeitiger Gebrauchsbelassung des S.-Gegenstandes beim Schuldner. Nach der ausschlaggebenden Auffassung (vgl. § 1, § 8 und 13) wird deshalb von Anfang an u. a. vom S.-Gläubiger das S.-Eigentum erworben und zwar geschieht dies auflösend bedingt.

2. Die Wirkungen des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts sind insofern in Schwebe als ihr Wirksam**bleiben** in Frage gestellt ist. Wer ein mit einer auflösenden Bedingung belastetes Recht erwirbt, hat daher die Möglichkeit der Nichtfortdauer seines Rechtes zu beachten. Er darf das Recht des beim Eintritt der auflösenden Bedingung Berechtigten weder durch tatsächliche (160 II) noch durch rechtliche (160 II, 161 II) Verfügungen vereiteln oder beeinträchtigen, noch den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindern bei Strafe der damit verbundenen

Rechtsfolgen. 162. Hierbei finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. (161 III, vgl. Heilfron a. a. O. § 50 a S. 516.) Im Ganzen genommen und in ihrer Anwendung auf den auflösend bedingten Inhalt des S.-Ü.-Vertrags bedeuten diese Bestimmungen nichts anderes als die Grundzüge der sogen. „fiduziarischen" Seite desselben, als eine gesetzliche Regelung eines derartigen pactum fiduciae (Gaius II 60: fiducia cum creditore contracta), wie aller ähnlichen Rechtsgeschäfte über auflösend bedingte Rechte. (Vgl. § 11.)

3. Aus rechtlichen Gründen ermöglicht nur die im Regelfall getroffene Vereinbarung über eine sofort wirksame Sicherung der Kreditleistung durch S.-Ü. das gleichzeitige Zustandekommen des Besitzmittlerrechtsverhältnisses mit der beim S.-Schuldner verbleibenden Gebrauchsnutzung am S.-Objekt.

Zwar können Eigentum und mittelbarer Besitz durch Besitzkonstitut allgemein auch aufschiebend bedingt oder befristet erworben werden. Aber im Regelfall der S.-Ü. gewährleistet — abgesehen davon, daß es bei einer aufschiebend bedingten S.-Ü. fraglich wäre, ob der S.-Schuldner beim Eintritt der aufschiebenden Bedingung noch im Besitz des S.-Objektes wäre und nicht schon anderweitig darüber in seiner Kreditnot verfügt hätte — nur die auflösend bedingte S.-Ü. in ihren sämtlichen rechtlichen Beziehungen die vertragliche Zweckerreichung. Denn der Erwerb des mittelbaren Besitzes des S.-Gläubigers wird nach 930 B. G. B. und 76 Z. P. O. von dem gültigen, gleichzeitigen **Zustandekommen** eines Rechtsverhältnisses der in 868 B. G. B. bezeichneten Art abhängig gemacht, „vermöge dessen der unmittelbare Besitzer gegenüber dem mittelbaren auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist." Beim Fehlen oder auch bei Ungültigkeit eines solchen Rechtsverhältnisses würde im Innenverhältnis der Parteien schon deshalb nur ein mittelbarer Besitz des S.-Gläubigers ohne jeden Herausgabeanspruch vorliegen. (Vgl. Kreß, Besitz und Recht § 39 I 3 c, S. 200 und II 3 S. 206.)

Bei der Rolle, die dem gültigen Zustandekommen eines Besitzmittlerrechtsverhältnisses bei der S.-Ü. zukommt im Zusammenhang mit den Rechtswirkungen der auflösenden und der aufschiebenden (vgl. auch folgende Ziff. 4) Bedingung werden die Parteien auf diesen Punkt besonders achten müssen. (Vgl. § 7, 1 und besonders § 16 IV. 1.)

4. Schließlich kann die Bedingung „für den Fall der Nichtzahlung der Schuld" auch nicht entgegen Zweckvereinbarung etwa als aufschiebende in dem Sinne betrachtet werden, daß bei ihrem Eintritt das „endgültige" Eigentum des S.-Gläubigers am S.-Objekt begründet sein soll, während das „vorläufige", „wirtschaftliche" Eigentum bis dahin beim S.-Schuldner verbleibt. Die Rechtsordnung kennt keine Unterscheidung von vorläufigem, endgültigem, wirtschaftlichem und fiduziarischem Eigentum. (Vgl. § 1, 1 und § 12 II 4 b.)

5. Mit der Umstellung, Änderung des Tatbestandes ändert sich auch die Rechtslage. Wird abweichend vom Regelfall für eine **künftige** Verbindlichkeit des S.-Schuldners ein mit der Entstehung und Kreditierung dieser Verbindlichkeit zu erwerbendes S.-Eigentum übertragen, so kann dies unter der aufschiebenden Bedingung geschehen, daß die Gläubigerforderung erst noch entsteht bezw. daß die fällig werdende Forderung erst dann kredidiert wird. Dann ist aber die Rechtswirkung der ganzen Vereinbarung von der Erreichung des Sicherungszweckes (Entstehung und Sicherung der Gläubigerforderung) abhängig. Vorher ist das kausal vereinbarte S.-Eigentum nicht erworben usw. Von der gleichen Zweckerreichung — dem Entstehen der zu sichernden Verbindlichkeit — sind abhängig das Fahrnispfandrecht für eine künftige Forderung 1204 II, die Bürgschaft 765 II und der Hypothekenerwerb, 1113 II, für eine künftige Forderung. (Vgl. Kreß § 5 S. 44 A. 24.)

6. Inwieweit in einer aufschiebend bedingten S.-Ü. nicht ein Sicherungskauf — vgl. § 18, 5 — erblickt werden kann, muß der Würdigung des Einzelfalles überlassen bleiben.

7. Wegen der sonstigen Rechtswirkungen, die aus dem auflösend bedingten Erwerb des S.-Eigentums, besonders gegenüber dem Erwerb dritter Personen während der Schwebezeit der Bedingung sich ergeben, vgl. § 13 A II 4 und 6 b. Bezüglich der allgemeinen Bedeutung der auflösenden Bedingung für die S.-Ü. sei hier noch ausgeführt:

a. Unter einer Verfügung über ein Recht versteht man regelmäßig das dingliche Rechtsgeschäft d. h. ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, beendet oder aufgehoben wird (z. B. Auflassung, Abtretung, Übergabe, Aufrechnung usw. vgl. Heilfron § 37 S. 351 A. 5). Die Befugnis zu einer solchen Verfügung kann nicht durch **Rechtsgeschäft** mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen oder beschränkt werden (Ausnahme: 399 B. G. B.!). Die obligatorische (vgl. R. G. Z. 63, 399) Wirksamkeit einer Verpflichtung über ein Recht nicht zu ver-

fügen, wird durch die Vorschrift in 137 nicht berührt; diese obligatorische Verpflichtung könnte auch durch Vertragsstrafe gesichert werden.

b. Dagegen kann die Befugnis zur „weiteren" Verfügung über veräußerliche Rechte mit dinglicher Wirksamkeit zufolge **gesetzlicher** Bestimmung ausgeschlossen oder richtiger: im Rahmen der Bestimmungen in 161 und 162 eingeschränkt werden, wenn über das Recht durch Beifügung einer auflösenden Bedingung verfügt wird. Dabei wird durch die gleichzeitige Aufnahme einer solchen Bedingung in ein Rechtsgeschäft nicht etwa einer Willenserklärung eine zweite, beschränkende beigefügt, **vielmehr bildet die bedingte Willenserklärung eine untrennbare Einheit,** die Bedingung einen wesentlichen Bestandteil derselben. Denn nicht das Wollen, sondern der Fortbestand der Rechtswirkung, die von einem noch ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird, ist bedingt. (Vgl. Staudinger, Kom. z. B. G B. S. 650, Vorbem. 4.)

c. Diese dingliche Wirkung der auflösenden Bedingung nimmt also kraft Gesetz den Rechten, die Gegenstand einer Verfügung sein können, die Eigenschaft als „veräußerliches" Recht, so daß sie während der Schwebezeit der Bedingung nicht mehr zum Gegenstand einer „weiteren Verfügung" gemacht werden können 137, 161), ohne daß deshalb das erwähnte **Verfügungs**verbot als ein gesetzliches **Veräußerungs**verbot im Sinne des 135 angesehen werden könnte. (Vgl. Staudinger I 566 zu 135, 9.)

d. Die dingliche Wirkung dieses gesetzlichen Verfügungs- (nicht: Veräußerungs-) Verbotes zeigt sich besonders bei Verfügungen der Vertragsparteien während der Schwebezeit der Bedingung. (Vgl. § 13 A II, 5.)

### § 11. Der „fiduziarische" Inhalt des Sicherungsübereignungs-Vertrags.

Der S.-Ü. wird ein treuhandähnlicher, fiduziarischer Charakter beigemessen, der schon im römischrechtlichen pactum fiduciae mit lediglich obligatorischer Wirkung wurzelt. (Vgl. § 3 I.) Umfang und Inhalt solcher fiduziarischer Rechte und Pflichten aus dem S.-Ü.-Vertrag, die casus et causae fiduciae lassen sich nicht im Einzelnen aufführen und umgrenzen, denn der Begriff ist — wie schon jener der fides, der Treue im Allgemeinen, in der Hauptsache ein negativer in dem Sinne, daß hinsichtlich des S.-Objektes weder vom S.-Schuldner noch vom S.-Gläubiger etwas unternommen oder unterlassen werden soll, was dem andern Vertragsteil zum Nachteil gereichen könnte. Deshalb können beide Parteien wechselseitig als Treugeber und Treuhänder gelten; die grundsätzliche Bezeichnung des S.-Schuldners mit Treugeber und jene des S.-Gläubigers mit Treuhänder wäre deshalb nicht völlig zutreffend. Die Belange der Parteien berühren sich, sind im Wesentlichen die gleichen. Einen Rahmen dafür geben vor allem die für das auflösend bedingte Rechtsgeschäft in 160, 161 und 162 enthaltenen Bestimmungen ab. (Vgl. § 10, 2.) Dazu treten die Gesichtspunkte: der S.-Schuldner ist gegenwärtig Nichteigentümer und durch Gebrauchsüberlassung unmittelbarer Besitzer, wird aber mit der Tilgung seiner Schuld wieder Eigentümer. Der S.-Gläubiger ist zunächst Eigentümer mit mittelbarem Besitz und soll bei Ausfall der Bedingung den unmittelbaren Besitz an dem herauszugebenden S.-Objekt erlangen. Das bringt im Wechselspiel eine Abhängigkeit, die über die gewöhnlichen vertraglichen Rechte und Pflichten des Eigentums und der Sicherung hinausgeht, sich nicht mit der sonst üblichen, genauen Feststellung im Einzelnen erschöpft; denn je nach dem Einzelfall ist ein die Schuld übersteigender Mehrwert dem S.-Gläubiger für die Befriedigung seiner Forderung bei der Verwertung anvertraut oder bleibt dem S.-Schuldner trotz S.-Ü. und wegen des verzögerten Gefahrübergangs (vgl. § 13 A II 9) die fiduziarische Pflicht, der Wertminderung des S.-Objektes vorzubeugen, zumal er wiederum für den Mindererlös bei der Verwertung bis zur Höhe seiner Schuld aufzukommen hat (§ 13 A II, 11) weil die Schuld bis zur völligen Tilgung bestehen bleibt (Erfüllungs-Aufhebungs-Zweck), so daß die fiduziarischen Pflichten nicht jenen des Hauptvertrags zuwiderlaufen dürfen. Je nach der Beschaffenheit und Eigenart des S.-Objektes wird es sich bei den fiduziarischen Pflichten häufig um eine Ergänzung handeln, die eher wirtschaftliche als juristische Ziele verfolgt. Letzten Endes gibt die Rechtsordnung neben 160, 161, 162, 242, 320 ff. und 815 ein Ausmaß, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" es erfordern, förmlich eine Generalfiduziarklausel für alle von den Parteien beim Vertragsabschluß nicht oder noch nicht konkret festlegbaren und noch nicht festgelegten fiduziarischen Rechte und Pflichten. Die Nichtigkeit einzelner fiduziarischer Leistungen hat — wo nicht die Wirksamkeit durch die gesetzlichen Bestimmungen über die auflösende Bedingung als erweitert zu gelten hat (vgl. auch die gesetzliche Fiktion des 162 — später § 13 II 9 a — auf die Gültigkeit des S.-Ü.-Vertrags, zumal auf das S.-Eigentum des S.-Gläubigers selbst, keinen Einfluß, kann

aber im Innenverhältnis und gegenüber nicht gutgläubigen Dritten Schadensersatzansprüche aus dem S.-Ü.-Vertrag bezw. aus unerlaubter Handlung nach 823 ff. begründen. (§ 13 A II 5.)

## § 12. Die einzelnen rechtlichen Beziehungen, Leistungen, Ansprüche; ihre Kausalität. Die Sicherungsübereignung ein gegenseitiger Vertrag, ein vertragliches Schuldverhältnis.

I. Um die einzelnen rechtlichen Beziehungen, Leistungen und Ansprüche und daraus die Rechtswirkungen des S.-Ü.-Vertrags insgesamt wie in seinen einzelnen Teilen darstellen zu können, ist es nötig, grundsätzlich auseinanderzuhalten:

1. Das zu Grunde liegende Schuldverhältnis, begründet durch die Darlehens- oder sonstige Geld-Schuld, die im S.-Vertrag vom S.-Gläubiger kredidiert (Kredit-Leistung und -Anspruch) vom S.-Schuldner gesichert (Sicherungs-Leistung und S.-Anspruch) werden soll.

2. Das Rechtsgeschäft der (Sicherungs-) Übereignung unter Vereinbarung eines Besitzmittlerrechtsverhältnisses, dem zufolge der S.-Gläubiger das S.-Eigentum erwerben, der S.-Schuldner auf Zeit zum Besitz des S.-Gegenstandes berechtigt sein soll.

3. Allgemein: die (relativen) Rechtswirkungen zwischen den Vertragsparteien selbst (im sogen. Innenverhältnis) und jene (absoluten), Dritten gegenüber (im sog. Außenverhältnis).

4. Rechtliche Beziehungen, Rechtsfolgen, die von der Rechtsforderung an die Betätigung des Parteiwillens geknüpft sind, und jene, die gewissermaßen durch die Privatautonomie (der Parteien) dadurch geschaffen werden, daß der weitere Zweck zum „Inhalt des Rechtsgeschäfts", zum „rechtlichen Grund" (812) gemacht wird.

5. Schließlich wäre allgemein zu beachten, daß für alle einzelnen schuldrechtlichen Beziehungen die allgemeinen Vorschriften in 241 bis 432 B. G. B. gelten. (Vgl. Motive II, 4.)

II. Im Einzelnen ergibt sich hiernach für den Regelfall der S.-Ü. — abgestellt auf den Zweck — an rechtlichen Beziehungen, dadurch bedingten Leistungen und Gegenleistungen, Ansprüchen (Rechtswirkungen):

1. Das zu Grunde liegende, durch die kredidierte Geldforderung entstandene Schuldverhältnis drängt zur Abwickelung, zur Aufhebung durch Erfüllung (Aufhebungs-Erfüllungszweck). Es erlischt erst, wenn die geschuldete Leistung, die geschuldete Leistung, die volle Geldschuld, an den S.-Gläubiger bewirkt wird. 362 I. (Fortdauer des Aufhebungs-Erfüllungszweckes).

2. Der S.-Gläubiger gewährt den Kredit, die Stundung seiner Geldforderung nur unter der Bedingung der Sicherung seiner Forderung. Die Sicherung geschieht (atypisch) durch Übereignung einer dem Schuldner gehörigen Sache. (Sicherung der Aufhebung durch Erfüllung). Der Sicherungszweck beherrscht das Rechtsgeschäft der S.-Ü. vom Anfang bis zum Ende in allen einzelnen Teilen. Deshalb wird zur Sicherung der Gesamtabwickelung mit auflösender Bedingung für den Fall des Eintritts der Bedingung (der Zahlung) wie für jenen des Ausfalls der Bedingung (der Nichtzahlung) — facultas alternativa in einem Rechtsakt — § 11 Ziff. 7 b — übereignet. (Vgl. Ziff. 4.)

3. Es wird aber nicht schlechthin erfüllungshalber übereignet (an sich Austauschzweck, der dem Sicherungs- und Erfüllungszweck nachgeordnet ist); vielmehr soll der Abwickelung (durch Sicherung und Aufhebung) gleichermaßen die (gesetzlich normierte und deshalb typische) Gebrauchsbelassung des S.-Gegenstandes beim S.-Schuldner auf Grund eines Besitzmittlerechtsverhältnisses dienen, der S.-Gläubiger zunächst nur den mittelbaren Besitz des ihm übereigneten Gegenstandes erlangen. Der Gebrauchtsüberlassung liegt der (dem Sicherungs- und Aufhebungszweck gleichfalls nachgeordnet) Austauschzweck zu Grunde.

4. Beim Ausfall der Bedingung (bei Nichtzahlung der Schuld) soll der zunächst auflösend bedingt sicherungshalber übereignete Gegenstand unbedingtes Eigentum des S.-Gläubigers werden. (Die Vereinbarung der Verfallklausel vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung — Ausfall der Bedingung — ist nur beim Faustpfand verboten. 1229 B. G. B.).

a. Mit dieser Verpflichtung (und ihrer Leistung) übernimmt (vollzieht) der S.-Schuldner zur Erreichung des Kredits eine neue Verbindlichkeit, aber nicht eine Leistung „an Erfüllungsstatt". 364 II. Dem nach der Zweck-Vereinbarung und -Erreichung soll der S.-Gläubiger mit der S.-Ü. nicht bereichert, aber auch nicht in der Befriedigung seiner Geldforderung benachteiligt werden, vielmehr soll die volle Erfüllung die Leistungspflicht des S.-Schuldners bleiben, der Wert der übereigneten Sache auf die Geldschuld erfüllungs**halber** verrechnet werden.

b. Der Gleichwert von S.-Gegenstand und Gläubigerforderung ist — weil wirt-

schaftliche Erwägung, Beweggrund — **für den Erwerb des (vollen) S.-Eigentums, die Erreichung des S.-Zweckes ohne rechtliche Bedeutung** (vgl. § 10), nicht dagegen für das durch die Geldforderung des S.-Gläubigers bestehende Schuldverhältnis, nicht für die Verrechnung zur Erfüllung der Schuld. Gerade wegen der Wertdifferenz der Leistungen spricht man von der S.-Ü. als einem „fiduzianischen" Rechtsgeschäft. (Vgl. § 9 und § 11.)

Weil der S.-Gläubiger bei Ausfall der Bedingung am S.-Objekt unbedingtes Eigentum erwirbt, steht es ihm bei Nichtbefriedigung seiner fällig gewordenen Forderung anläßlich der Verwertung des S.-Objektes frei, dieses selbst zu behalten oder weiter zu veräußern (auch zu verschenken). Jedoch hat er in beiden Fällen zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen des S.-Schuldners wegen Beeinträchtigung des Aufhebungs-Erfüllungszweckes nach Treu und Glauben die Feststellung des Veräußerungswertes, die Verwertung vorzunehmen. Dies geschieht in beiden Fällen bei Sachen, die einen Marktpreis oder Börsenwert haben, nach diesem, andernfalls durch gerichtlich beeidigte Sachverständige, durch Fachleute oder notfalls durch öffentliche Versteigerung, in allen Fällen aber wiederum am besten im Einvernehmen mit dem S.-Schuldner.

b. Ein Mehrwert (Mehrerlös) des S-Gegenstandes bleibt daher nicht dem S.-Gläubiger, sondern der S.-Schuldner hat den Anspruch auf seine Herausgabe; dies aber auch nicht etwa auf Grund eines (ideellen) Miteigentums, das nach Anrechnung der Schuld in Höhe des Aktivrestes dem Schuldner verblieben wäre, denn das ungeteilte, volle Eigentum ist nach Maßgabe der facultas alternativa auf den S.-Gläubiger übergegangen; sondern aus 812, 818.

d. Weil der S.-Gläubiger auch keinen Schaden durch die S.-Ü. erleiden soll und seine Forderung in der ganzen Höhe weiterbesteht (362), sich sogar (bei Vereinbarung eines entgeltlichen Besitzmittlerrechtsverhältnisses oder durch Zinszuschlag) im Augenblick ihrer Fälligkeit erhöht haben kann, steht ihm bei einem Mindererlös (Minderwert) des S.-Objektes das Recht zu, den Fehlbetrag vom S.-Schuldner dann zu fordern.

e. Die Ansprüche auf Zahlung des Mehrerlöses oder des Mindererlöses sind mit Rücksicht auf die Fälligkeit der Hauptschuld frühestens mit der Verwertung (nach Erklärung des Selbsteintritts seitens des S.-Gläubigers bezw. mit der tatsächlichen anderweitigen Verwertung des S.-Gegenstandes) fällig.

III. In der Zusammenfassung ergibt sich:

1. Als **einzelne** Leistungen, Ansprüche, Teile des gesamten, vertraglichen, gegenseitigen Rechtsverhältnisses der S.-Ü.: Kreditleistung des S.-Gläubigers, S.-Übereignung, des S.-Schuldners mit den gegenseitigen Leistungen aus dem Besitzmittlerrechtsverhältnis unter Gebrauchsbelassung des S.-Objektes beim S.-Schuldner (besonders durch Verwahrungsvertrag vgl. § 7, 1, aber auch durch Miete, Leihe usw.), Ausgleich der Leistungen zwischen den Parteien hinsichtlich der Gläubigerforderung und des Geldwertes des S.-Objektes und schließlich die sogen. fiduziarischen Leistungen im Rahmen der einzelnen causae fiduciae.

2. Die einzelnen Leistungen usw. — mit Ausnahme der sogen. fiduziarischen — sind **kausale** in dem Sinne, daß die einzelnen Teile, die den Zwecken entsprechenden rechtlichen Beziehungen, Teilschuldverhältnisse nur vereint entstehen und fortbestehen. Nichtigkeits- und Endigungsgründe, welche bei dem einen Teilverschuldverhältnis eintreten, erstrecken deshalb ihre Wirkung auch auf das andere. (Vgl. § 2 III, IV.)

3. In der Zweckabstellung bildet den Hauptzweck, der die ganze Güterbewegung der S.-Ü. (neben dem naturgemäß beigegebenen Abwickelungs-Aufhebungszweck) beherrscht und der in dem Namen des Rechtsinstituts mit enthalten ist, die Sicherung der Abwickelung des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses durch Erfüllung (Sicherungs- und Aufhebungszweck). Der Sicherungszweck ist — wie jede Abwickelung — ein unselbständiger (§ 2 II); er besteht neben dem gleichfalls unselbständigen Abwickelungsaufhebungszweck. Beiden unterläuft zur gleichen Zweckerreichung der Austauschzweck (bei der Überlassung des S.-Objektes und der Eigentumsübertragung erfüllungshalber gegen Wertverrechnung). Die mehreren Zwecke können teilweise als gestaffelt und teilweise als gemischt gelten, da eine Teilung der einzelnen Leistungen in Ansehung der Zweck-Vereinbarung und -Erreichung nicht in Frage kommt, vielmehr diese in kausaler Zusammenfassung den, die Abwickelung gleichmäßig beherrschenden, Sicherungs- und Aufhebungs-Zwecken dienen. (Vgl. § 2 IV und V.)

IV. 1. Nach dem System unserer Rechtsordnung ist der S.-Ü.-Vertrag nicht schlechthin ein Vertrag, kein Mantelvertrag, der die verschiedenen einzelnen Vereinbarungen der Kreditierung, Gebrauchsüberlassung und Übereignung lediglich enthält oder umschließt; noch weniger ist er, wie aus der (kürzeren) Bezeichnung

„Sicherungsübereignung" gedeutet werden könnte, ein lediglich dinglicher Vertrag; es muß vielmehr nach der ganzen Zweckvereinbarung und Zweckerreichung sowie nach der Kausalität der einzelnen dinglichen wie obligatorischen Leistungen und Ansprüche, die selbst wieder durch die sogen. fiduziarischen Rechte und Pflichten vinkuliert sind, der bei seinem Abschluß alle Einzel-Leistungen und Ansprüche usw. einschließende Vertrag sich als einheitlicher, beide Parteien von Vornherein verpflichtender Gesamtvertrag atypischer Art und zwar als ein vollkommen zweiseitiger, gegenseitiger (synallagmatischer) Vertrag nach 320 ff. B. G. B. bezeichnet werden. Gerade diese Seite des S.-Ü.-Vertrags scheint bisher bei Würdigung des Wesens und der Auswirkung des S.-Eigentums nicht genügend berücksichtigt worden zu sein, zumal nicht in jenen Fällen, wo — wie im Konkursverfahren K. O. 17 — das Vorliegen von gegenseitigen Verträgen eine von der Rechtsordnung bestimmte Berücksichtigung erfahren muß.

2. Mit dem gleichen Rechte wird man, wenn auch die (dingliche) S.-Übereignung eine wesentliche, bestimmende Wirkung des S.-Ü.-Vertrags bedeutet und in seiner Bezeichnung enthalten ist, mit Rücksicht auf die so mannigfache darin enthaltenen einzelnen schuldrechtlichen Verhältnisse das gesamte Rechtsverhältnis trotz der abkürzenden Bezeichnung „Sicherungsübereignung" als ein vertragliches **Schuld**verhältnis bezeichnen können, wenn auch grundsätzlich wegen der verschiedenen Rechtswirkungen usw. die Scheidung der **rechtlich** getrennten Rechtsgeschäfte in die obligatorischen Rechtsgeschäfte und in das dingliche Übereignungsgeschäft zu beachten ist. (§ 13 A II 9 b.)

3. Wird aber wegen der verschiedenen Rechtswirkungen die rechtliche Scheidung in obligatorisches und dingliches Geschäft beachtet, so kann man doch das ganze Rechtsgeschäft als ein einheitliches im Sinne des 139 ansehen (§ 2 V); denn diese zwar verschiedenen Rechtswirkungen haben die gleiche Zweck-Vereinbarung und -Erreichung d. i. den „rechtlichen Grund" zur Entstehung, Fortdauer und Abwickelung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts nötig. Darin ändert auch die mögliche Spaltung durch die facultas alternativa der auflösenden Bedingung nichts; Die bedingte Willenserklärung bildet vielmehr eine untrennbare Einheit. (§ 10 Ziff. 7 b und § 13 A II 9 b.)

### § 13. Die Rechtswirkungen des Sicherungsübereignungsvertrags.

Da die S.-Ü. im Regelfall unter einer auflösenden Bedingung geschieht, ergibt sich dementsprechend eine Unterscheidung ihrer Rechtswirkungen in solche

A. für die Schwebezeit der Bedingung,

B. für den Zeitpunkt der Entscheidung der Bedingung und zwar

a. bei Ausfall der Bedingung durch Nichtzahlung seitens des S.-Schuldners oder

b. bei Eintritt der Bedingung durch Zahlung seitens des S.-Schuldners.

**Zu A.** I. Der ganze, gegenseitige S.-Ü.-Vertrag tritt sofort in allen seinen rechtlichen Beziehungen mit Vertragsabschluß in Wirksamkeit. Da nicht — wie bei einer aufschiebenden Bedung — sein Wirksamwerden, sondern sein Wirksambleiben in Frage gestellt ist (vgl. § 10, 2), sind demnach die allgemeinen Rechtswirkungen für lie Schwebezeit:

1. für den S.-Gläubiger: Eigentum und mittelbarer Besitz am S.-Objekt zur Sicherung der Erfüllung seiner gestundeten Geldforderung; deshalb kausales lösend bedingtes Eigentum.

2. Für den S.-Schuldner: Stundung seiner Geldschuld, Recht auf Gebrauchsnützung und unmittelbaren Besitz am S.-Objekt.

3. Für jede der Parteien allgemein die gesetzliche Pflicht, die Möglichkeit der Nichtfortdauer ihres durch die auflösende Bedingung (mit der facultas alternativa ihrer Erfüllung) und durch die Kausalität der einzelnen rechtlichen Beziehungen des Vertrags belasteten Rechte zu beachten dergestalt, daß jede Partei die Rechte des beim Eintritt oder Ausfall der auflösenden Bedingung Berechtigten weder durch rechtliche Verfügungen (160 und 161 B. G. B.) vereitelt oder beeinträchtigt, noch den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert (162, 362).

4. Für dritte Personen, daß grundsätzlich jeder, der die bedingten Rechte der Parteien des S.-Ü.-Vertrags schuldhaft verletzt, nach Eintritt oder Ausfall der Bedingung — also bei Beendigung der Schwebezeit — dem bedingt Berechtigten schadensersatzpflichtig wird, denn auch bedingte Rechte sind Rechte im Sinne des 823 I, vgl. Heilfron S. 510 Anm. 5.

II. Eine Kasuistik aller Auswirkungen des S.-Ü.-Vertrags nach den vorstehend unter I 1—4 erwähnten Möglichkeiten zu geben, ginge über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus. Doch sollen die wichtigeren, besonders die für die Schwebezeit strittigen Fälle aufgeführt und damit gleichzeitig durch ihre Erwähnung der Hin-

weis bei Aufführung der Rechtswirkungen für den Zeitpunkt der Entscheidung der Bedingung (Ba—b) ermöglicht werden.

1. Mit dem Erwerb des S.-Eigentums, also mit Vertragsabschluß, erlangt der S.-Gläubiger neben der vertraglichen eine gesetzliche weitere Stütze für die Befriedigung seiner kredidierten Forderung insofern als letztere zwar in ihrer Verjährung nicht gehemmt wird, ihre Verjährung also möglich ist, der S.-Gläubiger jedoch selbst im Verjährungsfalle das S.-Eigentum behält. 223 II. In dieser Beziehung kann die S.-Ü. — ebenso die Sicherungszession — gewissermaßen einem Selbstzweck dienen, nämlich um im letzten Augenblick vor der Verjährung die Erfüllung der Forderung so zu sichern als wenn sie (mit der in 223 III gegebenen Einschränkung) nicht verjährt wäre. Diese gesetzliche Rechtswirkung mag vielfach den Anlaß zu S.-Übereignungen dann geben, wenn die Erfüllung vor Eintritt der Verjährung nicht zu erwarten wäre, der S.-Gläubiger zur Weiterkreditierung zwar bereit ist, aber letztere von der Sicherung durch S.-Ü. abhängig macht.

2. a. Die dingliche Wirkung des vom S.-Gläubiger erworbenen S.-Eigentums ist grundsätzlich nicht eingeschränkt; ausgenommen sind hievon die Verfügungsbeschränkungen, die das S.-Eigentum in seiner Eigenschaft als auflösend bedingtes Recht zu Gunsten des Erwerbs gutgläubiger Dritter kraft Gesetz erleidet (vgl. unter 3a und 4). Jedoch setzt der Parteiwille „das dingliche Rechtsgeschäft in ein Abhängigkeitsverhältnis zu der obligatorischen Seite": Der dingliche Akt bildet mit seiner causa ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des 139; vgl. Staudinger I 400 f. und R. G. Z. Bd. 57/95 ff. und 66/385 ff. Die Sicherungsleistung ist hier wie jede andere Sicherheitsleistung in der Schwebezeit keine Erfüllungsleistung, aber die Leistung der Übereignung und das dadurch erworbene S.-Eigentum als kausales Eigentum soll beim Ausfall der Bedingung eine **Erfüllungs**leistung sein. Soweit nicht eine unzutreffende Bewertung des S.-Eigentums im Sinne der letztgenannten Verfügungsbeschränkung oder auch eine die Publizität seines Erwerbes förmlich ersetzende Warnungstafel vor dem S.-Eigentum erblickt werden will, kann es deshalb nur als ein Wortbehelf gelten, wenn man bis zum Eintritt der Bedingung von einem „vorläufigen", „nicht endgültigen" oder „nicht vollen" Eigentum oder von einem „fiduziarischen" Eigentum spricht. Es ist auch nicht angebracht, in dem S.-Eigentum, weil es sicherungs- und nicht schenkungs-, nicht kaufs-halber erworbenes Eigentum ist, ein besonderes Rechtsgebilde, ein „Sondereigentum" zu erblicken. Die Bezeichnung S.-Eigentum oder auch fiduziarisches Eigentum deutet hinreichend den Entstehungsgrund an und kann eine Mahnung zur Beachtung seiner auflösend bedingten Rechtswirkungen nach 1 3 und 4 sein, denn seine Rechtswirkungen treffen grundsätzlich die Beteiligten, treffen alle absolut wie bei sonstigem Eigentum. (Vgl. § 1, 1.)

b. Weil aber dieses S.-Eigentum aus der auflösend bedingten Leistung eines vollkommen gegenseitigen Vertrags nach 320 ff. herrührt (§ 12 IV 1), ist es abwegig, diese einzelne Leistung aus dem Synallagma, aus der Kausalität der übrigen Leistungen desselben Vertrags herauszunehmen, um die Rechtswirkung dieser einzelnen Leistung (der S.-Ü.) ihre Ausmaße im Rechts- und Wirtschaftsleben nehmen zu lassen auch da, wo durch Sondervorschriften (z. B. K. O. 17 und V. O. 4) Leistungen wie Ansprüche des **ganzen** gegenseitigen Vertrags berücksichtigt werden sollen.

3. a. Der Besitz am S.-Objekt — der mittelbare des S.-Gläubigers unter der Voraussetzung, daß gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird, und der unmittelbare des S.-Schuldners — genießt den Rechtsschutz gegenüber verbotener Eigenmacht. Für Annahme der letzteren sind Schuld, Bewußtsein, Verantwortlichkeit wie überhaupt die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung, auch die Entziehung vi, clam, precario nicht erforderlich. R. G. Z. 55, 57, J. W. 05, 494. Dagegen schließt der gute Glaube des Besitzstörers — außer beim Widerspruch des Berechtigten — die Annahme verbotener Eigenmacht aus. 858, 859. Dieser Besitzschutz umfaßt für den S.-Schuldner die Selbsthilfe 859, sowie die Gerichtshilfe durch Wiedereinräumung, 861 und durch Beseitigung von Störungen 862; für den S.-Gläubiger die erwähnte Gerichtshilfe. 869, 861, 862.

b. Ferner ist durch die Rechtswirkungen des S.-Ü.-Vertrags der S.-Schuldner noch insofern grundsätzlich in seinem Rechtsbesitz gegenüber dem S.-Gläubiger — außer dem vertraglichen Schutz auf Grund der Gebrauchsüberlassung durch die Vertragsklage (Gerichtshilfe) — und gegenüber Dritten (also mit absoluter Wirkung) selbst bei gutgläubigem Erwerb des Dritten — gesetzlich geschützt, als der S.-Gläubiger seinen mittelbaren Besitz auf einen anderen deshalb nicht rechtswirksam weiterübertragen kann, weil ihm (dem S.-Gläubiger) gegenüber dem S.-Schuldner ein Anspruch auf Herausgabe des S.-Objektes in der Schwebezeit der Bedingung nach dem Wesen des S.-Ü.-Vertrags (anders beim Sicherungskauf § 18) wegen des bestehenden Besitzmittlerrechtsverhältnisses und der auflösend beding-

ten S.-Ü. nicht zusteht. 870 B. G. B. Denn die Gebrauchsüberlassung des S.-Objektes steht in einem kausalen Verhältnis zu den übrigen Leistungen des S.-Ü.-Vertrags (vgl. § 12 III 2 und § 15); sie wirkt als essentiale negotii in diesem atypischen Vertrag rechtsgestaltend insofern als sie während der Schwebezeit der Bedingung die Forderung auf Herausgabe des S.-Eigentums ausschließt. Die Geltendmachung eines solchen Anspruches würde die Kausalität des Gesamtvertrages durchbrechen, ihn nichtig machen. Abgesehen davon wäre die Geltendmachung eines solchen Herausgabeanspruches dolos (dolo facit qui petit quod redditurus est). Angesichts dieser Rechtsfolge wäre die Einrede aus 986 B. G. B. nicht völlig rechtsbehelflich, denn ein Herausgabeanspruch des S.-Gläubigers kann nicht abgetreten werden, weil er in der Schwebezeit der Bedingung rechtlich wie tatsächlich nicht besteht. 870. Hier hilft nur die Feststellungsklage, (vgl. § 13 A II, 3 und § 15, 1). Könnte die Herausgabeverweigerung des S.-Schuldners im Sinne des 870 sich lediglich darauf gründen, daß das Besitzmittlerrechtsverhältnis wie der ganze S.-Ü.-Vertrag auflösend bedingt ist, dann würde die Behauptung der auflösenden Bedingung als eine zur Beweislast des Behauptenden fallende Einrede aus 986 zu betrachten sein, unbeschadet der Einheitlichkeit des ganzen Rechtsgeschäfts. (Vgl. später unter 4 d.)

Aus dem gleichen Grunde kann der S.-Gläubiger auch über das S.-Objekt selbst nicht dinglich verfügen 931. 934. (Vgl. Kreß, Bes. u. Recht § 39 I 3 c, II 3.) Solche Verfügungen des S.-Gläubigers sind schon aus diesem Grunde mangels einer gesetzlichen Voraussetzung absolut nichtig, also auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerb Dritter. Die Annahme des guten Glaubens wäre übrigens von dem Augenblick an nicht mehr gerechtfertigt, wo der dritte Erwerber auf sein (possessorisches wie petitorisches) Verlangen der Herausgabe des S.-Objektes vom S.-Schuldner erfahren würde, daß letzterem durch das Besitzmittler-Rechtsverhältnis des S.-Ü.-Vertrags der Besitz am S.-Objekt zusteht und daß das Eigentum des S.-Gläubigers auflösend bedingt ist. Ferner wäre sein Verlangen — vom gesetzlichen Hinderungsgrund, der absoluten Nichtigkeit seines Erwerbs vom S.-Gläubiger abgesehen — auch wie das des S.-Gläubigers insofern dolos, weil er wegen des geschützten Rechtsbesitzes des S.-Schuldners und wegen mangelnden Herausgabeanspruchs das S.-Objekt an den S.-Schuldner wieder zurückgeben müßte. Die Durchführung der Herausgabe des S.-Objektes gegen den Willen des S.-Schuldners (etwa durch Wegnahme seitens des Dritten oder des S.-Gläubigers) würde die Schadensersatzpflicht sowohl des Dritten wie des S.-Gläubigers (neben der Rückgabepflicht des Dritten wegen nichtigen Erwerbs) begründen. 161 II, 823 I, 931, 936 II. III. (Vgl. oben I 4.) Weil aber die Weiterübertragung von Besitz oder Eigentum seitens des S.-Gläubigers wegen seines mangelnden Herausgabeanspruches gegenüber dem S.-Schuldner infolge ihrer Nichtigkeit von Anfang an keine Rechtsfolgen erzielt und ihre Konvaleszenz (die nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen — 313, 518, 761, 766 — möglich ist) nicht eintreten kann, darf sie auch nicht bis zum Wegfall der Nichtigkeitsgründe durch Eintritt der Bedingung des S.-Ü.-Vertrags als ausgesetzt gelten, um dann ohne Weiteres behoben zu sein. Vielmehr müßten beim Fortfall der Nichtigkeitsgründe der S.-Gläubiger und Dritterwerber die Besitzübertragung bezw. Übereignung ausdrücklich bestätigen (141), was als erneute Vornahme gilt (vgl. Heilfron a. a. O. § 45 S. 479); das Rechtsgeschäft wird dann erst von dieser Bestätigung an wirksam.

c. Will der S.-Gläubiger über seine Rechte aus dem S.-Ü.-Vertrag in der Schwebezeit der Bedingung rechtswirksam verfügen, so kann er dies nur dadurch tun, daß er durch Zession (auch Sicherheitszession) — also mit lediglich obligatorischer Wirkung — den Dritten **in seine sämtlichen Rechte und Pflichten aus dem Vertragsschuldverhältnis** der S.-Ü. eintreten läßt.

4. Durch die Beifügung der **auflösenden Bedingung** ist eine Anwartschaft der in den einzelnen Beziehungen des S.-Ü.-Vertrags Berechtigten begründet.

a. Dabei ist zu beachten, daß durch Aufnahme einer Bedingung in ein Rechtsgeschäft nicht etwa einer Willenserklärung eine zweite, beschränkende Willensäußerung beigefügt wird; vielmehr bildet auch die auflösend bedingte Willensäußerung eine untrennbare Einheit. (Vgl. § 2 V, 2.) Bedingt ist nicht das Wollen, welches als eine gegenwärtige Tatsache gar nicht von einem zukünftigen Ereignis abhängig sein kann; bedingt ist vielmehr der Fortbestand der Rechtswirkung und zwar der Fortbestand a) der Rechtswirkung des Geschäfts, wie auch b) des ungewissen Tatbestandes selbst. Das B. G. B. spricht von Bedingung im Sinne a und b; beide Bedeutungen finden sich z. B. in 158 I („so tritt die von der Bedingung — a — abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung — b — ein"). (Vgl. Staudinger a. a. O. Vorbem. 3 S. 649 und Vorbem. 4 und 5 S. 650. Dies hat seine Bedeutung bei der Auslegung z. B. des 162 d. h. bei der Frage, ob man in dem „Eintritt der Bedingung" die Zahlung des S.-Schuldners oder den Rückfall des

Eigentums an S.-Objekt ipso jure zufolge seiner Zahlung oder beides erblicken kann. Mit der Vereitelung des Umstandes der Zahlung wird auch deren Rechtswirkung vereitelt.

b. Bestünde eine Scheinforderung des S.-Gläubigers, so wäre die Bedingung in ihrer facultas alternativa eine Scheinbedingung, denn die rechte Bedingung setzt stets objektive Ungewißheit über den Eintritt oder Nichteintritt der gewollten Rechtswirkung voraus. Ein S.-Ü.-Vertrag mit bereits eingetretener auflösender Bedingung wäre deshalb als nichtig anzusehen.

c. Die Anwendung der Bestimmungen in 160, 161 und 162 beschränkt sich nicht auf die eine Möglichkeit (die affirmative) der auflösenden Bedingung des S.-Ü.-Vertrags, nämlich daß die Bedingung der Zahlung seitens des S.-Schuldners eintritt, sondern auch auf die zweite (negative) Möglichkeit der Bedingung, daß die Zahlung seitens des S.-Schuldners, die Bedingung für den Rückfall des Eigentums an den S.Schusdner nicht eintritt und deshalb die Bedingung für den Erwerb des Eigentums erfüllungshalber seitens des Gläubigers (in der Abhandlung als Ausfall der Bedingung" bezeichnet) „eintritt". Erfüllt (eingetreten) ist die affirmative Bedingung dann, wenn der ihrem Inhalt entsprechende Tatbestand verwirklicht ist. Bei der Auslegung ist 133 und 157 zu beachten. Dagegen ist die negative Bedingung dann erfüllt, (eingetreten) wenn mit Sicherheit feststeht, daß das Ereignis, an dessen Nicht eintritt die Rechtswirkung geknüpft ist, nicht eingetreten ist und nicht mehr eintreten kann (Staudinger a. a. O. S. 659, Bem. 4). Das B. G. B. hat die Aufstellung einer Auslegungsregel dahin, ob die Bedingung für den Einzelfall als aufschiebend oder als auflösend zu betrachten ist, vermieden. M I 251.

d. Die Beweislast über den Bedingungseintritt trifft den Beklagten dann, wenn er einwendet, das Rechtsgeschäft sei unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen. Um aber dies beweisen zu können, muß er auch seine Voraussetzungen, nämlich die Bedingtheit des Geschäfts beweisen. Die Bedingtheit kann an sich hier nicht selbständiges Ziel des Beweises sein, weil beim auflösend bedingten Geschäft die Wirkungen, welche der Kläger zu seinen Gunsten anführt, **bestehen** solange die Bedingung noch in der Schwebe ist. Dieser Grund führt dazu, in der Behauptung einer auflösenden Bedingung eine zur Beweislast des Behauptenden fallende Einrede zu erblicken unbeschadet der (unter 4 a angenommenen) Einheitlichkeit des ganzen Rechtsgeschäfts. Zu demselben Ergebnis der Beweispflicht käme man übrigens auch dann, wenn man in der auflösenden Bedingung eine Nebenwillens-Erklärung sehen wollte. (Vgl. Staudinger S. 663, 10 b u. die dort angegebene Literatur.)

Schon die Anwartschaft auf gewisse Rechtswirkungen, die Aussicht des Eintritts der letzteren wird in bestimmten Beziehungen von der Rechtsordnung berücksichtigt; so auch bei der auflösend bedingten S.-Ü.

Vom Standpunkt des **Berechtigten** aus ist das bedingte Recht bereits ein Vermögensbestand — „spes debitum iri"; es kann daher in Rechtsgeschäften außerhalb des S.-Ü.-Vertrags eine genügende Grundlage für Bürgschaft 756 II, Pfand 1113 II, 1204 II, 1209, für Sicherungsleistung (in ihren mannigfachen Fällen z. B. nach 52, 208, 257, 238 usw.) sowie für Arrest und einstweilige Verfügung — 916 II, 936 Z. P. O. —, für die Anmeldung im Konkursverfahren des bedingt Verpflichteten und schließlich für eine positive oder negative Feststellungsklage 256 Z. P. O. bilden. Das bedingte Recht (jedoch in seiner gesamten Gebundenheit vgl. oben Ziff. 3) ist auch an sich veräußerlich, daher pfändbar, verpfändbar und vererblich.

Zur Frage der Sicherung einer solchen Anwartschaft sei noch beigefügt: eine Pflicht zur Bestellung von Realsicherungen für bedingte Forderungen wegen einer den Berechtigten gefährdenden Wendung in der Vermögenslage des Verpflichteten ist nicht gegeben. Der bedingt Berechtigte kann genügend Schutz finden in den zivilprozessualen Bestimmungen über Arrest — 916 II Z. P. O. — wobei für dessen Anwendung ein weiter Spielraum dem richterlichen Ermessen gegeben ist. Wegen Besorgnis der Vereitelung, Verhinderung oder wesentlichen Erschwerung des bedingten Rechts — im Sinne von 160, 161, 162 B. G. B. — kann schon in der Schwebezeit — denn die in den erwähnten Bestimmungen angeführten Fälle betreffen die (materiellen) Rechte „im Falle des Eintritts der Bedingung" bezw. bei (schon eingetretener) Vereitelung der Bedingung — auf Antrag der berechtigten Partei eine einstweilige Verfügung erlassen werden. 936 Z. P. O. Dagegn wird man Klagen auf künftige Leistung gemäß 259 Z. P. O. nicht für zulässig erachten; denn die Leistung des S.-Schuldners ist, weil auflösend bedingt, alternativ vereinbart, die Besorgnis, daß der Verpflichtete sich beim Eintritt der Bedingung der rechtzeitigen Leistung entziehen wird, kann gerechtfertigt sein (z. B. wenn der S.-Schuldner wiederholt in der Schwebezeit der Bedingung die weitere Verfügung über den Sicherungsgegenstand versucht hat), doch ist die Möglichkeit dieser Besorgnis beim Abschluß der S.-Ü.-Vertrags bei der Besitzmittler-Vereinbarung mit in Kauf ge-

nommen und kommt der Berechtigte mit Rücksicht auf die Kausalität der Leistungen und auf die Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge mit der Geltendmachung der Nichtigkeit des ganzen S.-Ü.-Vertrags bezw. mit der Rücktrittserklärung vom Vertrag und der hiebei sofort fällig werdenden Leistungen der Gegenpartei — auch im Fall des 162 — in der Wahrung seiner Rechte rascher zum Ziel; dies gilt auch gegenüber dem Konkursverwalter. 161 I. Satz 2 B. G. B. (a. M. Staudinger S. 667).

6. Auf Seiten des aus dem S.-Ü.-Vertrag **Verpflichteten** ist eine gewisse Gebundenheit in der Schwebezeit der Bedingung vorhanden.

a. Diese Gebundenheit äußert sich in der Verantwortlichkeit für tatsächliche und rechtliche Verfügungen, so gegenüber dem S.-Gläubiger, wenn der S.-Schuldner das S.-Objekt vernichtet, oder beschädigt oder veräußert hat, so gegenüber dem S.-Schuldner der S.-Gläubiger, wenn er trotz des Besitzmittlerrechtsverhältnisses das S.-Objekt vernichtet, beschädigt, den Gebrauch durch gewalttätige Wegnahme entzogen oder dadurch über den S.-Gegenstand verfügt hat, daß er die durch Übereignung gesicherte Forderung (lediglich in Einzel-, nicht in Gesamtrechtsnachfolge nach Ziff. 3 c) an seinen eigenen Gläubiger oder an einen sonstigen Dritten abgetreten hat.

b. Dabei ist unter (rechtsgeschäftlicher) Verfügung — auch unter einer „weiteren Verfügung" nach 161 I—II — ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird, z. B. Übergabe, Aufrechnung, Abtretung. Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung ist hinsichtlich ihrer Rechtswirkung nicht eine Verfügungsbeschränkung im Sinne des 137 B. G. B., sondern eine gesetzliche d. h. in den Sonderbestimmungen des 158 ff. begründete. Deshalb hat das Sicherungseigentum — wie es auch bezüglich der Weiterübertragung einer Forderung vereinbart werden kann, 393 — kraft Gesetz für weitere Verfügungen der Parteien nach Abschluß des S.-Ü.-Vertrags die Eigenschaft als veräußerliches Recht eingebüßt mit Ausnahme jener Fälle, in denen der gutgläubige Erwerb dritter Personen geschützt ist. Der gutgläubige Erwerb wird von diesen Dritten schwer zu beweisen sein in jenen Fällen, bei denen — wie beim Erwerb von unter Vorbehalt des Eigentums des Lieferers stehenden Gegenständen — (J. W. 1929 S. 582, vgl. § 3, 4) oder von eingebrachten Sachen des Mieters (vgl. § 15 II 7) — die Unkenntnis des Dritten von dem kausalen Eigentum (S.-Eigentum) des Verfügenden auf grober Fahrlässigkeit beruht, weil er sich nicht mit der bloßen Verneinung seiner Frage nach der Existenz eines S.-Eigentums begnügen durfte. (135 II.)

c. Unter Verfügungen fallen dagegen nicht die lediglich obligatorischen Geschäfte, z. B. die Zession des Anspruchs auf den Mehrerlös aus der künftigen Verwertung des S.-Objektes seitens des S.-Schuldners. Hierin ist der bedingt Verpflichtete in seiner Verfügungsbefugnis nach Außen hin in keiner Weise beschränkt: doch kann er daraus schadensersatzpflichtig werden 242, 280, 161 II I 1 vorbehaltlich der weiteren Rechte seines Vertragsgegners aus dem S.-Ü.-Vertrag zufolge der Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag, 320 ff. Auch die Prozeßführung als solche gilt **nicht** als Verfügung bezw. weitere Verfügung; siehe später unter 8 c.

7. Aus den Bestimmungen in 160, 161 und 162 — teilweise im gegenseitigen Vergleich — ergibt sich im Wesentlichen folgendes Bald von Rechten und Pflichten:

a. Die Gebundenheit und Unterlassenpflicht nach 160 (im Gegensatz zu 161) ist rein persönlicher, obligatorischer Art; sie besteht für den vorerst d. h. bis zur Entscheidung der Bedingung Berechtigten.

b. Die Unterlassungspflicht bezieht sich auf die tatsächlichen Einwirkungen. Der bedingt Verpflichtete darf also die geschuldete Sache nicht durch schuldhaftes Handeln oder Unterlassen zerstören, beschädigen oder im Werte vermindern.

c. Die Unterlassungspflicht bezieht sich auch auf rechtliche Einwirkungen: weitere rechtliche Einwirkungen sind nach 161 unwirksam. Aber abgesehen hievon, haftet der Gebundene nach 160 dem bedingt Berechtigten aus dem Schuldverhältnis dafür, daß er ihm bei Eintritt der Bedingung leisten kann. Die Inanspruchnahme dieser Haftung auf Schadensersatz kann auch bei rechtlichen Verfügungen trotz deren, aus 161 sich ergebenden Unwirksamkeit praktisch werden, da eben möglich ist, daß der eingetretene Schaden durch die bloße Unwirksamkeit der Verfügung nicht genügend gedeckt wird. (Vgl. Staudinger zu 160, 2 S. 665.)

Wenn ein **Dritter** während der Schwebezeit das S.-Objekt vorsätzlich oder fahrlässig vernichtet oder beschädigt, so haftet er dem bedingt Berechtigten für den Schaden auf Grund 823. Bedingt berechtigt ist aber sowohl der S.-Gläubiger als Eigentümer des S.-Objektes wie auch der S.-Schuldner auf Grund des Besitzmittlerrechtsverhältnisses und des durch Zahlung seiner Schuld bedingten Eigentums. Da jedoch die Vernichtung oder Beschädigung des S.-Objektes gleichzeitig eine völlige

oder teilweise Unmöglichkeit der Weiterleistung des S.-Schuldners aus dem S.-Ü.-Vertrag bedeuten kann und der S.-Schuldner die volle Gefahr für das S.-Objekt in der Schwebezeit trägt (vgl. § 13 A II, 9), so werden zur Wahrung ihrer Interessen aus dem S.-Ü.-Vertrag die Parteien desselben zunächst sich einigen, wer von beiden im Hinblick auf die etwaige Fortdauer (Erneuerung) des S.-Ü.-Vertrages die Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand zu erlangenden Ersatzes (oder den Ersatzanspruch) vom Dritten verlangen soll, oder ob der S.-Ü.-Vertrag (als nichtig geworden) die Grundlage für alle Rechte aus dieser Nichtigkeit dem S.-Gläubiger bilden soll.

d. Der Schadensersatzanspruch aus der Vertragsverletzung nach 160 richtet sich nur gegen den ursprünglich bedingt verpflichteten Vertragsgegner und dessen Gesamtnachfolger, nicht auch gegen den etwaigen Singularsukzessor. Der Inhalt des Schadenersatzes bemißt sich nach 249 ff. Seine Geltendmachung setzt ein Verschulden des anderen Teiles voraus.

e. Wenn auch die Vereitelung oder Beeinträchtigung des bedingten Rechts vor Eintritt der Bedingung geschehen sein muß, so gewährt 160 doch **nicht** einen **während der Schwebezeit** verfolgbaren Anspruch auf Nichtvereitelung usw. dieses Rechts. Erst im Falle des Eintritts der Bedingung kann der Berechtigte Schadensersatz wegen eingetretener Vereitelung oder Beeinträchtigung verlangen. Dagegen kann er in der Schwebezeit von dem Sicherungsmittel der einstweiligen Verfügung Gebrauch machen, falls er nicht dem Rücktritt am gegenseitigen Vertrag erklären oder dessen Nichtigkeit schon jetzt geltend machen will. (Vgl. § 13 A II 9.)

8. a. Das Anwartschaftsrecht soll nach **161** nicht durch unmittelbare Rechtsänderung am S.-Objekt vereitelt oder beeinträchtig werden können und zwar nicht durch „weitere" Verfügungen der Vertragsparteien während der Schwebezeit der Bedingung. (Vgl. oben 6 b.) Dieses Anwartschaftsrecht ist ein veräußerliches, vererbliches subjektives Recht. Die „weiteren Verfügungen" werden für unwirksam erklärt; der bedingt Verpflichtete ist also nicht nur obligatorisch, sondern dinglich gebunden. Diese dingliche Gebundenheit ist jedoch keineswegs gleichbedeutend mit einer Rückwirkung der erfüllten Bedingung, denn das Recht des bedingt Berechtigten beginnt trotz 161 erst mit dem Augenblick des Bedingungseintritts (158) und eine Rückbeziehung auf einen früheren Zeitpunkt ist selbst durch Parteivereinbarung nur mit obligatorischer Wirkung möglich. 159. (Vgl. Staudinger a. a. O. zu 161, 1 S. 668 und die dort Angeführten.)

b. Die dingliche Gebundenheit besteht bei auflösend bedingten Rechtsgeschäften zu Gunsten dessen, für den mit dem Bedingungseintritt ipso jure der frühere Rechtszustand wieder eintritt (also z. B. das Eigentum des S.-Schuldners). Insoweit als der Eintritt dieses früheren Zustandes durch die Verfügung des während der Schwebezeit Berechtigten unmöglich gemacht wird tritt die Unwirksamkeit ein und nur zum Schutz und zur Sicherung des bedingt Berechtigten. Es ist nicht eine bloß relative Unwirksamkeit, sondern eine absolute d. h. auch Dritten gegenüber wirkende. Aber es ist kein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des 135; denn nach 135 kann die Unwirksamkeit nur geltend gemacht werden von der Person, zu deren Gunsten das Veräußerungsverbot besteht. Dagegen kann sich auf die nach 161 eintretende Unwirksamkeit der den Eintritt der rechtlichen Wirkung hindernden weiteren Verfügung ein jeder berufen.

Hat jedoch der bedingt Berechtigte in die anderweitige Verfügung eingewilligt oder dieselbe nachträglich genehmigt, so fällt die Unwirksamkeit fort (M I, 260).

c. Nicht betroffen von 161 sind Verfügungen, die dem bedingt Berechtigten **nur vorteilhaft** sind z. B. wenn der S.-Schuldner das S.-Objekt gegen eine wertvollere Sache gleicher Art eingetauscht hat. (Kein Verstoß gegen Sicherungs- und Erfüllungszweck und Wortlaut des 161!) Dagegen gilt der Schutz des 161 gegenüber allen nachteiligen weiteren Verfügungen, die jemand vornimmt, der bereits zu Gunsten des unter der Bedingung Berechtigten (des S.-Gläubigers) Verfügungen vorgenommen hat. Bei lediglich obligatorischen Verpflichtungen besteht nur der Schadensersatzanspruch nach 160. Das gesetzliche Vermieterpfandrecht des 559 wird in 161 dem durch Verfügung begründeten nicht ausdrücklich gleichgestellt. Von diesem Pfandrecht werden die einem Dritten gehörigen Sachen überhaupt nicht berührt. Deshalb läuft der S.-Gläubiger keinesfalls in dieser Richtung Gefahr, wenn z. B. der S.-Schuldner aus seinem bisherigen eigenen Anwesen in ein fremdes, gemietetes das S.-Objekt einbringt. Nicht nur Verfügungen des Berechtigten sollen von der Unwirksamkeit nach 161 betroffen werden, sondern auch Verfügungen von Privatpersonen oder Behörden aus dem Rechte des bedingt Berechtigten, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter für denjenigen erfolgen, der unter der Bedingung verfügt hat.

Die **Prozeßführung** als solche gilt nicht als Verfügung; darum ist in Ansehung eines, unter einer auflösenden Bedingung übertragenen Rechts der während der Schwebezeit Berechtigte zur Prozeßführung befugt.

d. Das Wesen der gemäß 161 eintreten Unwirksamkeit ist Nichtigkeit. Zu ihrer Geltendmachung bedarf es daher weder einer Anfechtung noch irgendeiner bestimmten Form. Feststellungsklage ist hier zulässig. (Vgl. § 13 A II, 3.)

e. Gutgläubige Erwerber sind geschützt. 161 III. In sinngemäßer Anwendung des 135 II ist für die Annahme des guten Glaubens das Wissen um den durch die Bedingungsetzung veranlaßten Schwebezustand entscheidend, das Wissenmüssen naheliegend. (Vgl. oben 6 b.)

f. Die Verfügungen der Gegenpartei begründen zwar schon in der Schwebezeit den Schutz des Berechtigten aus 161, doch ist seine Geltendmachung erst am Ende der Schwebezeit „im Falle des Eintritts der Bedingung" (wie bei jenem aus 160) möglich. Voraussetzung ist auch hier, daß derjenige, der ihn in Anspruch nimmt, selbst den seinen Rechten entsprechenden Pflichten, der Gegenleistung nachgekommen ist; das geht aus der Fassung „im Falle des Eintritts der Bedingung" hervor. Wegen der Sicherungsmittel bei einer Gefährdung während der Schwebezeit vgl. oben 6 e.

9. a. Die Möglichkeit der Fiktionen **nach 162** ist ebenfalls erst gegeben, wenn die Schwebezeit beendet ist. Das ergibt sich nicht so sehr aus dem Wortlaut und Sinn des Abs. I, denn unredliche Verhinderungsmaßnahmen können schon während der Schwebezeit auf weite Sicht die Unmöglichkeit des Eintritts der Bedingung verursacht haben; es ergibt sich vielmehr aus Abs. II (der erst durch II. Kommission aufgenommen wurde, um einem argumentum e contrario vorzubeugen), denn hier ist von der tatsächlichen, treuwidrigen Herbeiführung die Rede als einem Ergebnis im Augenblick des Eintritts der Bedingung.

In 162 wird man eine Ergänzung der Vorschrift in 161 (beide Absätze sind zwingendes Recht, können also in ihrer Wirkung wegen ihres ethischen Gehalts nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden) zu erblicken haben, um auch jene Fälle zu treffen, die zwar dinglich wirksame Verfügungen zum Nachteil der Gegenpartei des S.-Ü.-Vertrags nicht schützen, die aber trotzdem die für die Gegenpartei schädigende, unredliche Einflußnahme auf den Lauf der Bedingung im Augenblick ihrer Beendigung mit der Fiktion des Gegenteils des vom Schuldigen herbeigeführten Erfolges treffen soll. Insofern ist der Schutz gegenüber unredlichen Verhaltens in 162 der größere.

b. Nur bei Verhinderung, nicht bei bloßer Erschwerung des Bedingungseintritts trifft die Folge des Abs. I ein (R. G. Z. 66 S. 226). wie andererseits jene des Abs. II erst bei Verursachung, nicht schon bei Erleichterung des Bedingungseintritts gelten soll.

c. Den Schutz des 162 wird der Berechtigte (S.-Schuldner oder S.-Gläubiger) in den Fällen beanspruchen, in welchen er nicht die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts des S.-Ü.-Vertrages zufolge der Kausalität desselben geltend machen kann oder geltend machen will, auch nicht die Rechtsfolgen aus dem nicht gehörig oder nicht erfüllten gegenseitigen Vertrag (zumal bei Unmöglichkeit der Leistung und wegen des verzögerten Gefahrüberganges vgl. Ziff. 10). Denn in den Fällen des 162 bleiben alle Rechtswirkungen, von der Ausschaltung der facultas alternativa abgesehen, bestehen. Wird zu Lasten des S.-Gläubigers (— z. B. weil er aus Liebhaberei für das S.-Objekt einen Dritten, der dem S.-Schuldner zahlungspflichtig ist, verhindert hat, rechtzeitig an den S.-Schuldner zu zahlen, so daß dieser aus Mangel an Barmitteln im Augenblick der Fälligkeit der S.-Schuld den S.-Gläubiger nicht befriedigen konnte mit der Folge, daß das Eigentum am S.-Objekt nicht an den S.-Schuldner zurückfiel —) fingiert, daß die Zahlung rechtzeitig eingetreten sei, so fällt zwar das Eigentum an den S.-Schuldner zurück, jedoch hat er die fällige Summe zu zahlen, ungeachtet seiner vertraglichen Schadensersatzansprüche, besonders der etwaigen aus 160. Wird zu Gunsten des S.-Gläubigers (— z. B. weil der S.-Schuldner auf alle Fälle den Rückfall des Eigentums am schwer veräußerlichen S.-Objekt verhindern wollte, deshalb unredlich den Fälligkeitszeitpunkt seiner Schuld versäumt und nicht zahlte trotz vorhandener verschwiegener Mittel —) nach 162 II fingiert, dann gilt wiederum das Eigentum am S.-Objekt als an den S.-Schuldner zurückgefallen. Der S.-Gläubiger hat jetzt nicht die Pflicht das S.-Objekt erfüllungshalber zu verwerten usw. sondern kann die sofortige Zahlung der fällig gewordenen Schuld sowie den Ersatz des allenfalsigen Schadens (auch jenen aus 160) verlangen.

### 10. Rechtswirkungen aus der Eigenart als gegenseitiger Vertrag; Gefahrübergang; nachträgliche Unmöglichkeit von Leistungen; Verzug.

a. Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des S.-Objekts bedeutet eine sachliche — völlige oder teilweise — Unmöglichkeit der Leistung, solange die körperliche Übergabe, die Herausgabe des S.-Objektes an den S.-Gläubiger noch nicht stattgefunden hat.

Diese Gefahr trifft den S.-Schuldner, nicht den S.-Gläubiger; das ergibt sich aus der Eigenart des S.-Ü.-Vertrags als eines notwendig zweiseitigen also gegenseitigen Vertrags.

b. Das dem S.-Ü.-Vertrag zu Grunde liegende Kreditsicherungsgeschäft, die Kreditierung gegen Sicherung durch auflösend bedingte Übereignung einer Sache, die — selbst wieder auflösend bedingt — durch Besitzmittlerrechtsverhältnis im Gebrauchsbesitz des Schuldners belassen wird, ist ein mehrfach zweiseitiges, in seiner einheitlichen Gestaltung und im gesamten rechtlichen Bild gegenseitiges Rechtsgeschäft. Seine Güterbewegung zum Zweck der Sicherung und der Erfüllungs-Aufhebung bedient sich in atypischer Weise des Austauschzweckes durch die Gebrauchsüberlassung (unter Miete-, Verwahrungs- usw. Vereinbarung) an den Schuldner und durch die bedingte Übereignung einer Sache erfüllungshalber gegen Wertverrechnung unter beiderseitiger Ausgleichspflicht. (Vgl. § 12 III 3.)

Es ist also nicht schlechthin das einfache Forderungsgeschäft des Darlehens, das allein durch eine pfandähnliche Sicherung auch nicht zu einem gegenseitigen Vertrag gemacht werden kann; es schließt nicht schlechthin den unvollkommen zweiseitigen Vertrag oder den gegenseitigen Vertrag der (entgeltlichen) Verwahrung ein, vielmehr ist es in der Einheitlichkeit seiner Gebundenheit ein Vertrag auf Leistung um Gegenleistung; die Verpflichtung beider Parteien ist wesentlich, besteht und dauert bis zur Abwickelung des ganzen Geschäfts. Die Leistungen des einen Teils (Kreditgewährung, bedingte Gebrauchsüberlassung, Verwertung erfüllungshalber, Wertausgleich) bilden das Entgelt für die Leistungen des anderen. (Übereignung sicherungshalber, Verpflichtung aus Gebrauchsüberlassung, bedingte Übereignung erfüllungshalber, Wertausgleich). Alle Ansprüche und Gegenansprüche beruhen auf einer einheitlichen Zweckvereinbarung und Zweckerreichung, dem „restlichen Grund" im Sinne des 812 und sind kausale in der Entstehung. Vgl. hiezu Jaeger K. O. zu 17 S. 187 und hier § 2 V 1 und 2.)

c. Kreditierung und S.-Übereignung sind Zug um Zugleistungen, von deren Verwirklichung notwendigerweise die Erfüllung des S.-Ü.-Vertrags abhängt. Es kann deshalb für sie und ihre Wirkungen nur die **nachträgliche** Unmöglichkeit — der vollständigen wie teilweisen — und der nachträgliche Leistungsverzug zur Erörterung stehen. Es greifen die Bestimmungen in 323 —327 Platz, die aber nicht ausschließlich — ebenso wie bei allen gegenseitigen Verträgen — die unmittelbare Wirkung von Unmöglichkeit und Verzug enthalten; auch sind jene nicht notwendig auf alle Verbindlichkeiten anzuwenden, die sich aus dem gegenseitigen Gesamtvertrag ergeben; beispielsweise nicht auf die Zahlung der vom S.-Schuldner geschuldeten Gebrauchsmiete (auf Grund des Besitzmittlerrechtsverhältnisses) die nicht nach 323 ff. sondern nach den Bestimmungen in 275, 280 zu behandeln wäre. Außerdem gewährt die Unmöglichkeit der Leistung vor allem (mittelbar) die Einrede des nicht erfüllten oder nicht gehörig erfüllten Vertrags nach 320—322. (Vgl. Staudinger S. 456, Vorbem. 2 a, 2 b). Nach der atypischen Art des S.-Ü.-Vertrags überhaupt wie auch nach den Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge im Zusammenhang mit jenen über die Rechtswirkung der auflösenden Bedingung kann ein Wahlrecht in Frage kommen. So gibt allein 325 drei Rechte: der Vertragsteil, der die unmöglich gewordene Leistung zu fordern hat, kann entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten oder die Rechte aus 323 geltend machen.

d. Der S.-Schuldner verliert im Falle nachträglicher zufälliger Unmöglichkeit der Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung; das bedeutet, daß er — wie der Schuldner der Leistung beim gegenseitigen Vertrag überhaupt — die **Gefahr** des zufälligen Untergangs und der zufälligen Wertminderung seiner Leistung trägt; denn die rechtliche Verknüpfung der wirtschaftlichen Nachteile eines Zufalls mit einem bestimmten Vermögen heißt Gefahr. Daß die Gefahr des Untergangs usw. der aus einem gegenseitigen Vertrag zu leistenden Sache den Schuldner trifft, ist keineswegs selbstverständlich; sie beruht auf der funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung im Allgemeinen. Wer von der Leistung befreit wird, soll auch auf die Gegenleistung keinen Anspruch haben. Hat der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung im Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit die Gegenleistung schon bewirkt, so kann er diese nach den Vorschriften über Heraus-

gabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (323 III) zurückfordern; er kann es nicht mehr, wenn der Empfänger der Gegenleistung nicht mehr bereichert ist 818 III 487, 488. Unter Umständen kann es schwierig sein, zu ermitteln, was nach dem Vertrag die Gegenleistung für die unmöglich gewordene Leistung sein soll. (Vgl. Staudinger S. 487, 4.) Diese allgemeinen Grundsätze finden in der Anwendung auf den S.-U.-Vertrag noch eine Ergänzung durch die nähere Zweckbestimmung dieses Vertrags. (Abwickelung des Schuldverhältnisses durch Sicherung und Erfüllung; vgl. e.)

e. In der Schwebezeit der Bedingung kann den S.-Gläubiger die Rückbeziehung des zufälligen Unterganges des S.-Objektes mit der Folge, daß er deshalb keinen Anspruch auf die Gegenleistung der Erfüllung des zugrunde liegenden Forderungsschuldverhältnisses hat, nicht treffen, denn er hat zufolge des Gebrauchtsmittlerrechtsverhältnisses dem S.-Schuldner sofort Zug um Zug die Gebrauchsüberlassung geleistet. Wird diese Weiterleistung des S.-Gläubigers ganz oder teilweise unmöglich, so ist dies selbst wieder auf die Leistungsunmöglichkeit des S.-Schuldners zurückzuführen. Verliert demnach der S.-Schuldner den Anspruch auf weitere Gebrauchsüberlassung und der S.-Gläubiger jenen auf Gegenleistung hieraus (Rückgewähr der überlassenen Sache und allenfallsiges Entgelt), so bleiben doch Sicherungs- und Erfüllungs-Aufhebungszweck des ganzen Vertragsschuldverhältnisses bestehen, wie überhaupt ein Erlöschen des letzteren durch die Bestimmungen über den Gefahrübergang allein nicht stattfinden kann. Der Anspruch des S.-Gläubigers auf die (kausale) Gegenleistung der S.-Ü. besteht vielmehr weiter. Gerade wegen der Kausalität von Sicherung und S.-Ü. bezw. wegen des Fortbestehens von Sicherungs- **und** Erfüllungszweck in Ansehung der nach wie vor bestehenden Schuldforderung kann der S.-Gläubiger dann, wenn der S.-Schuldner nicht unverzüglich durch S.-Ü. eines anderen S.-Objektes Ersatz leistet, die Weiterkreditierung seiner Forderung verweigern und die sofortige Heimzahlung der Schuld verlangen (812), wobei es keinen Unterschied macht, ob die Ersatzleistungen aus der Gattung möglich ist oder nicht. 279, 323. Denn die Mitwirkung bei der Kreditierung fällt in die Sphäre des S.-Gläubigers. Beruft er sich auf die Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag (324, 325), so hat er die erwähnten mehrfachen Rechte aus 325; er könnte also — nur für diesen Fall, vgl. das oben unter c Gesagte — bei eingetretener teilweiser Unmöglichkeit (324 II) zufolge Wertminderung die dem tatsächlichen Wertschwund (**nicht** aber dem Mehrwert seiner Forderung — er soll ja gegenüber der Erstsicherung nicht bereichert werden —) entsprechende Ergänzung durch ein weiteres S.-Objekt oder Ersatzübereignung durch ein anderes Stück verlangen; er könnte aber auch vom ganzen Vertrag zurücktreten, da nach dem rechtlichen Grund desselben schon eine teilweise Leistung seinem Inhalt und Zweck zuwiderläuft, so daß er für die teilweise Erfüllung kein Interesse hat. 325 I Satz 2. Dies gilt selbst dann, wenn eine Teilleistung in Ansehung des S.-Objektes — etwa dadurch, daß die für das versicherte S.-Objekt fällig gewordene Versicherungssumme an ihn bezahlt worden ist — seitens des S.-Schuldners erfolgt ist. 323 II, 281.

f. Nach der Zweckerreichung des ganzen Vertrags und angesichts der Fortdauer des Sicherungs- und Erfüllungszweckes ist der S.-Schuldner ohne Weiteres, also auch ohne daß eine Nachfrist nach 326 gesetzt ist, im Verzug, wenn die vertragsmäßige Sicherungsleistung während der Schwebezeit der Bedingung völlig oder teilweise unmöglich wird. Selbstredend trifft dies bei schuldhafter Vereitelung oder bei sonstigem unredlichen Einwirken auf den Gang der Bedingung seitens des S.-Gläubigers nicht zu.

11. Der S.-Ü.-Vertrag bringt für die Schwebezeit der Bedingung für beide Parteien eine weitere Bindung und Beschränkung ihrer Rechte. Den Fall der Wertergänzung der geleisteten Sicherung infolge teilweise unmöglich gewordener Sicherungsleistung ausgenommen (vgl. 10 e) darf in Ansehung der gleichen Geldschuld mit ihrer vollen Kreditierung (weil letztere ohne Rücksicht auf den Gleichwert von Forderung und S.-Objekt, also auch für den Fall eines Mindererlöses bei der Verwertung gewährt worden ist) und in Ansehung der bestehenden Sicherung durch S.-Eigentum an einem oder an mehreren S.-Objekten (weil diese Sicherung ohne Rücksicht auf einen Mehrwert oder Mehrerlös bei der Verwertung erfüllungshalber geleistet worden ist) keine der Parteien ihre (kausalen) Leistungen willkürlich mindern. Die Sicherungsrechte bei Gefährdung, Beeinträchtigung der **schon bestehenden** Rechte, Ansprüche, Leistungen durch Erwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung in den einzelnen begründeten Fällen werden hievon nicht berührt, weil diese nur für die Konsistenz dieser Rechte usw. gewährt werden.

a. Der **S.-Gläubiger** darf **nicht** die geleistete Kreditierung **mindern,** indem er etwa eine weitere Sicherung — auch nicht für den in der Schwebezeit befürchteten Mindererlös anläßlich der Verwertung des S.-Objektes — durch Ausdehnung

der S.-Ü. auf andere, dem Schuldner gehörigen Gegenstände oder durch Verpfändung von solchen oder von dem Schuldner Dritten gegenüber zustehenden Forderungen oder durch Pfändungspfandrecht (letzteres, falls er etwa einen Vollstreckungstitel in Ansehung der gleichen Forderung schon vor der S.-Ü. erlangt hat, sich aber mit der Sicherung durch Übereignung sicherungshalber begnügte) oder durch sonstige, vertragliche Sicherungsmittel (Bürgschaft, Sicherheitsleistung usw.) verlangt.

b. Der **S.-Schuldner** darf **nicht** die geleistete Sicherung durch auflösend bedingtes S.-Eigentum an einem oder mehreren S.-Gegenständen dadurch **mindern,** daß er die Gestattung des Umtausches des S.-Objektes gegen ein minderwertiges anderes S.-Objekt oder die Aufgabe des S.-Eigentums an einem Teil von mehreren S.-Objekten verlangt, oder auch, indem er für den Mehrwert oder für den bei der Verwertung zu erwartenden Mehrerlös ein Faustpfand oder ein sonstiges Sicherungsmittel (Bürgschaft usw.) fordert.

Für beide Parteien gilt: Leistung und Gegenleistung, Ansprüche aus derselben S.-Schuld und in Bezug auf denselben S.-Gegenstand sind mit Abschluß des (gültigen) S.-Ü.-Vertrags auflösend bedingt erfüllt, verbraucht. Die Abwickelung durch Aufhebung der Geldschuld mit der facultas alternativa ist gesichert. Sicherungs- und Aufhebungszweck sind erreicht. Beide Zwecke umschließen auch in ihrer Fortdauer die rechtliche Irrelevanz des Gleichwertes der beiderseitigen Leistungen. Eine Änderung der kausalen gegenseitigen Leistungen (ohne Einverständnis der Gegenpartei, willkürlich d. h. ohne weiteren rechtlichen Grund") verstößt gegen die Zweckvereinbarung, aber auch — zumal bei einem Sicherungsverlangen nach 1204 II B. G. B. für die künftige und bedingte Forderung der Verwertungsdifferenz — gegen die Erfüllung der Vertragspflichten nach Treu und Glauben, die durch Beifügen der auflösenden Bedingung gewährleistet wurde. Einem derartigen, etwa mit der Vertragsklage geltend gemachten Begehren könnte mit Erfolg durch die Einwendung des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages begegnet werden, wie andererseits beim Vollstreckungs- bezw. im Prozeßverfahren (767 Z. P. O. vgl. § 17 A I a, b). Das weitere Pfändungsrecht des S.-Gläubigers von der Rechtsprechung (J. W. 1929 S. 1671, 9 und die dortige Stellungnahme) verneint worden ist, weil gerade durch die S.-Ü. der vertragsgegenständigen S.-Objekte der Schuldner vor Zugriffen des S.-Gläubigers geschützt sein soll. Gegenüber einem eigenmächtigen Vorgehen können auch die Rechte aus dem Besitzschutz 858 ff. sowie auf Schadensersatz nach 160 in Frage kommen.

Mit dem Ausfall der Bedingung und der Verwertung des S.-Objektes wird der Mehr- oder Minder-Erlös zur Zahlung fällig (158 I); die Ansprüche hierauf können wie jeder fällige Anspruch geltend gemacht werden; sie unterliegen der Pfändung seitens Dritter und fallen gegebenenfalls in die Konkursmasse.

12. Die Parteien können in den Einzelfällen von Änderungen ihrer Befugnisse und Rechte, die während der Schwebezeit der Bedingung nach dem Tatbestand im Regelfall eintreten, abweichende Vereinbarungen treffen, sofern diese nicht (wie in den Fällen der 161 und 162) gegen zwingendes Rech verstoßen. In den meisten Fällen wird dies jedoch bei der Vielseitigkeit und Kausalität der für den Regelfall der S.-Ü. möglichen rechtlichen Beziehungen den Abschluß eines neuen S.-Ü.-Vertrages bedeuten.

13. Die sogen. **„fiduziarischen"** (lediglich obligatorisch, die Vertragsparteien treffenden) **Rechtswirkungen** lassen sich nicht ausscheiden (vgl. § 11); sie knüpfen sich an die einzelnen Leistungen, Ansprüche und Rechte und deren Geltendmachung; sie werden nur wieder nach ihrer Wurzel, nach der einzelnen rechtlichen Beziehung, aus der sie stammen oder an welche sie geknüpft sind, beurteilt. Doch sollte die Betonung ihrer „fiduziarischen" Art nicht zu „gekünstelten" Unterscheidungen und Folgerungen führen (so Staudinger I 414 VI 11). Der einzelne Fall wird je nachdem in dem Rahmen, wie er im Gesetz auch nur allgemein in 157 (Auslegung der Verträge „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte") 162 (Handlungen wider Treu und Glauben), 242, 320 (Leistungen nach Treu und Glauben) 815 (Verhinderung des Erfolgs wider Treu und Glauben) aufgestellt ist, zu würdigen sein und daraus werden die Rechtswirkungen zu Tage treten. Wiederum allgemein zur Vermeidung einer Beeinträchtigung der eigenen, auflösend bedingten Rechte und Ansprüche sowie zur Vermeidung der Inanspruchnahme von Schadensersatzansprüchen der Gegenpartei werden deshalb die Parteien — auch Dritten gegenüber — ihre Handlungen und Unterlassungen so einrichten, daß die ordnungsmäßige Abwickelung des Vertrags nicht gestört wird. Denn bei dem Wechselspiel der beiderseitigen Rechte und Pflichten steht im beiderseitigen rechtlichen und wirtschaftlichen Interesse; die pflegliche Behandlung des S.-Objektes, die Vermeidung seiner Wertminderung, die Versicherungsnahme bei einer Ver-

sicherungsgesellschaft für den S.-Gegenstand (mit Rücksicht auf den verzögerten Gefahrübergang), die sofortige Benachrichtigung der Versicherungs-Gesellschaft und der Gegenpartei vom eingetretenen Versicherungsfall, die unverzügliche Mitteilung von Pfändungen und von der Geltendmachung sonstiger Rechte am S.-Objekt und die ordnungsmäßige Verwertung des S.-Objektes.

14. Weitere Rechtswirkungen sind unter den Fällen der ungültigen Sicherungsübereignungen aufgeführt; so bei Verstoß gegen die guten Sitten (§ 15 II, 3), wenn das S.-Objekt unter Eigentumsvorbehalt eines Dritten steht (II 4), bei Übereignung von wesentlichen Bestandteilen (II 5), von Zubehörstücken (II 6) sowie von eingebrachten Sachen des Mieters (II 7) und von Gegenständen, die zu einem Sachinbegriff gehören (§ 16).

15. Die Rechtswirkungen der S.-Ü. in den besonderen Verfahren der Zwangsvollstreckung, bei der steuerrechtlichen Pfändung, im Konkurs, nach der Vergleichsordnung und im Verfahren der Versicherungsgesellschaften sind gesondert behandelt. (Vgl. § 17.)

**§ 14. B. Die Rechtswirkungen für den Zeitpunkt der Entscheidung der Bedingung.**

1. a. Ist die auflösende Bedingung **ausgefallen,** hat also der S.-Schuldner die fällig gewordene Zahlung nicht geleistet, so tritt eine Änderung des Rechtszustandes insofern nicht ein, als das Eigentum am S.-Objekt dem S.-Gläubiger verbleibt. Es ist aber auch jetzt noch ein kausales, ein Zweck-Eigentum geblieben, weil es zur Erfüllung der Schuldforderung des S.-Gläubigers dienen soll (Erfüllungs-Aufhebungszweck).

b. Gleichzeitig mit dem Ausfall der Bedingung endet nach der vertraglichen Zweckvereinbarung das Besitzmittlerrechtsverhältnis; der S.-Schuldner ist zur weiteren Gebrauchsnutzung, zur entgeltlichen wie unentgeltlichen Verwahrung usw. nicht mehr befugt; er hat nur noch den rein tatsächlichen (Verkehrs-) Besitz (854). Die Grundlage für die Fiktion des juristischen d. i. mittelbaren Besitzes fehlt. 868. Der S.-Gläubiger hat nunmehr den Anspruch auf Herausgabe des S.-Objektes gegenüber dem S.-Schuldner und gegenüber unberechtigten Dritten; er kann über das S.-Objekt verfügen, auch Dritten gegenüber. 870, 931. Sein Herausgabeanspruch erstreckt sich — mangels gegenteiliger Vereinbarung — auch auf die Früchte des S.-Objektes (z. B. wenn die sicherungshalber übereignete Stute in der Schwebezeit der Bedingung gefohlt hat, auf das Fohlen). 99, 953 ff. Nur wenn als Besitzmittlerrechtsverhältnis die — zulässige — Pacht des S.-Objektes vereinbart worden wäre; hätte dem S.-Schuldner als Pächter außer dem Gebrauchsrecht auch der Fruchtgenuß zugestanden. 99, 956 I; sonst gewährt das Mittlerrechtsverhältnis ihm nur obligatorische Rechte, also keinen Anspruch auf die Früchte des S.-Objektes.

c. Herausgabe des S.-Objektes — allenfalls einschließlich seiner Früchte — und Verwertung erfüllungshalber müssen zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen (letztere auch Dritten gegenüber) unverzüglich erfolgen, da die Schuld und die Ansprüche aus Mehr- bezw. Mindererlös schon fällig sind.

d. Die **Verwertung** des S.-Objektes geschieht nach den hierüber, besonders auch bezüglich des Mehr- oder Minder-Erlöses bezw. Wertes erwähnten Grundsätzen. (Vgl. § 12 II 4 b und c.)

Falls dies nicht schon vereinbart ist, müssen die Parteien — in erster Linie der S.-Gläubiger, aber auch der S.-Schuldner wegen des allenfallsigen Erlös-Ausfalles — einen Ausgleich suchen bei Geltendmachung ihrer etwaigen Mehrforderungen (der S.-Gläubiger bei Mindererlös, der S.-Schuldner bei Mehrerlös). In den Ausgleich „erfüllungshalber" sind einzubeziehen: die Schuldzinsen (auf welche der Gläubiger auch in der Schwebezeit Anspruch hatte, denn seine Forderung besteht fort, war nur gestundet), ferner das etwaige Entgelt für die Gebrauchsnutzung des S.-Schuldners und auch die Verwertung der Früchte (falls über diese keine andere Vereinbarung getroffen war, etwa auch durch Pachtvertrag als Mittlerrechtsverhältnis). Inwieweit neben Zinsen auch Entgelt für Gebrauchsnutzung und Verwertung der Früchte vom S.-Gläubiger verlangt werden kann, hängt in erster Linie von der Vereinbarung der Parteien ab. Ohne eine solche werden als Richtpunkte zu beachten sein: In der Schwebezeit der Bedingung hat das S.-Eigentum auflösend bedingt der Sicherung der Forderungserfüllung gedient. Mit dem Ausfall der Bedingung wird durch die Verwertung der Erfüllungs-Aufhebungszweck des ganzen Schuldverhältnisses verfolgt. Stehen im Regelfall dem S.-Gläubiger auch Zinsen und Entgelt für die Gebrauchsüberlassung während der Schwebezeit zu, so wird man doch bei der Verwertung in erster Linie berücksichtigen müssen, daß diese nur der **Erfüllungs-Aufhebung** dient. Weder die Sicherung noch die Erfüllung dürfen zu einer Bereicherung des S.-Gläubigers führen. Dieser wird deshalb seinen

Gesamtverrechnungsanspruch bei der Verwertung des S.-Objektes so gestalten, daß er neben der kredidierten Schuldsumme für die Zeitspanne der Sicherung nach Treu und Glauben nur eine Gesamtnutzung aus Forderung und S.-Eigentum in Höhe einer angemessenen Verzinsung seines Darlehens in Rechnung stellt. Die etwaige Wertminderung des S.-Objektes — die natürliche d. h. die zufolge ordnungsmäßigem Gebrauch der Sache entstandene wie auch die von den Parteien selbst und von Dritten schuldhaft herbeigeführte — tritt ebenso wie eine etwaige Werterhöhung bei der sachgemäßen Verwertung des S.-Objektes in die Erscheinung. Schadensersatzansprüche wegen schuldhaften Verhaltens (auch gegenüber nicht gutgläubigen Dritten), besonders auch jene nach 160 II, 161 II und 162 — wie überhaupt die Rechte nach diesen Bestimmungen — können geltend gemacht werden (vgl. hiezu § 13 A I 6); ebenso stehen bei nicht vollständiger, nicht gehöriger Leistung dem Berechtigten die Ansprüche aus dem gegenseitigen Vertrag 320 ff. zu (vgl. § 13 A II 10) und zwar beiden Teilen, auch gegebenenfalls Dritten gegenüber.

2. Mit dem **Eintritt der Bedingung** — der Zahlung der fälligen Schuld — endigt der S.-Ü.-Vertrag in allen seinen rechtlichen Teilen; Sicherungs- und Aufhebungszweck sind erfüllt. „Mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein" (158 II), also ohne rückwirkende Kraft. Das Eigentum am S.-Objekt fällt ohne Weiteres, ipso jure mit absoluter, dinglicher Wirkung an den S.-Schuldner zurück (vgl. Heilfron § 30 S. 318 f.). S.-Eigentum des S.-Gläubigers und Besitzmittlerrechtsverhältnis sind erloschen. Mangels der rückwirkenden Kraft bleiben die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte des S.-Objektes — außer bei einem Pachtvertrag als Besitzmittlerrechtsverhältnis oder bei gegenteiliger Vereinbarung — dem S.-Gläubiger als dem bedingt dinglichen Zwischenberechtigten (so Staudinger I 661 f.); jedoch gilt auch hier wie oben bei 1, daß die Früchte in der Schwebezeit zusammen mit dem S.-Objekt nur dem Sicherungs- und Erfüllungsaufhebungs-Zweck dienen können. Es wird deshalb, weil jetzt durch Zahlung — und nicht durch Verwertung erfüllungshalber — das Schuldverhältnis aufgehoben, erloschen ist und sobald auch die Zinsen des Gläubigerguthabens und das etwa vereinbarte Entgelt für die Gebrauchsüberlassung verrechnet sind, der S.-Gläubiger zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung bezw. von Schadensersatzansprüchen auch das Eigentum an den Früchten zurückfallen lassen bezw. den hiefür erzielten Erlös rückverrechnen.

Ansprüche der Parteien aus Besitzstörung, Beeinträchtigung der Rechte (160) besonders auch durch Verfügung (161) in der Schwebezeit sowie jene aus der Fiktion des 162 können geltend gemacht werden (wie oben zu 1).

Auch hier bildet den Schlußpunkt der Gesamtabwickelung (einschließlich der sogen. fiduziarischen Seite) die Wahrung der Rechte aus dem gegenseitigen Vertragsverhältnis. 320 ff.

## § 15. Ungültige (nichtige, anfechtbare und unwirksame) Sicherungsübereignungen.

### I. Allgemeine Vorbemerkungen.

1. Die einzelnen Leistungen, Ansprüche sind durch den Parteiwillen im genetischen Synallagma des S.-Ü.-Vertrags gebunden und machen seine Einheit, das Ganze des Vertrages aus. (Vgl. § 12 IV und §13 A II 2 a.) Weiterhin ist aus dieser einheitlichen Gestaltung des S.-Ü.-Vertrages, dem als rechtlicher Grund zur Abwickelung durch Sicherung und Erfüllungsaufhebung die beiden vereinbarten Sicherungs- und Aufhebungs-Zwecke dienen, zu schließen, daß seine Teile, die der Zweckvereinbarung und Zweckerreichung entsprechenden Teile — das dingliche Rechtsgeschäft und die Teilschuldverhältnisse — nur vereint entstehen und fortbestehen sollen. Nichtigkeits- und Beendigungsgründe eines dieser Teile, Rechtsgeschäfte erstrecken ihre Wirkung auch auf das andere, auf das ganze vertragliche, gegenseitige Rechtsgeschäft, da dieses nach dem Willen der Parteien „nicht ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde." 139.

2. Die notwendigerweise gegebene Kausalität der Leistungen, Teile usw. hat ihre Wurzel nicht nur im Parteiwillen (139), sondern auch in den Rechtsfolgen, wie sie sowohl für die Schwebezeit der Bedingung durch die Bestimmungen in 160, 161 und 162 auch noch für die Zeit nach dem Ausfall der Bedingung — bei Nichtzahlung des S.-Schuldners — durch jene über den Rücktritt von einem gegenseitigen Vertrag (320 ff., 346 ff.) gegeben sind. (Vgl. § 13 A II 7 und A II, 9 b.) Wird also auch aus solchen Gründen die Nichtigkeit eines der Teile des ganzen S.-Ü.-Vertrages — einschließlich der Verwertung des S.-Gegenstandes seitens des S.-Gläubigers — aufgedeckt, so zieht dies die Nichtigkeit des ganzen S.-Ü.-Vertrags nach sich. Deshalb sollen hier neben Nichtigkeitsgründen usw. des ganzen Vertrags auch jene der einzelnen Teile nach Möglichkeit erörtert werden.

II. Die für den S.-Ü.-Vertrag besonders wichtigen Ungültigkeitsgründe.

Bei den für den S.-Ü.-Vertrag besonders wichtigen Ungültigkeits- (d. h. Nichtigkeits-, Anfechtbarkeits- und Unwirksamkeits-) Gründen werden zunächst mit den allgemeinen Fällen, welche die beabsichtigten Wirkungen des Rechtsgeschäfts durch einen Mangel des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes (des Rechtsgeschäfts selbst) verhindern, jene Fälle aufgeführt, in denen bei rechtswirksamem Tatbestand eine Verhinderung und Einschränkung der allgemeinen Rechtswirkungen des S.-Ü.-Vertrags infolge seiner atypischen Art, der Sicherung durch Übereignung unter einer auflösenden Bedingung und im Rahmen eines vollkommen gegenseitigen Vertrags, sich ergibt. (Vgl. hiezu Heilfron § 45 S. 474 f.)

1. Die S.-Ü., ernstlich von geschäftsfähigen Beteiligten gewollt, die ihren Willen ausdrücklich oder stillschweigend äußern, 118, ist kein nichtiges Scheingeschäft 117, enthält nicht insgeheim einen, beiden Teilen bekannten Vorbehalt, 116. (Vgl. Recht 1910, 1063, J. W. 1911, 181 und Recht 1909, 132.) Eine falsche juristische Bezeichnung schadet nicht ihrer Rechtswirksamkeit. Die Zweckvereinbarung ist auf etwas anderes gerichtet als in ihrer falschen Bezeichnung der Rechtswirkung (ihres ernstlichen Willens) liegt. Besonders aber ist sie nicht schon deshalb ein Scheingeschäft, weil der Sicherungszweck auch mit anderen, typischen Leistungen (Mobiliarverpfändung, Bürgschaft) erreicht werden könnte. Eine Vorschrift, daß man sich zur Sicherung einer Forderung nur eines bestimmten Rechtsgeschäfts bedienen dürfe, besteht nicht, würde gegen die allgemeine Vertragsfreiheit verstoßen. § 5 Ziff. 4. Deshalb kann die ernstlich gewollte S.-Ü. auch nicht, weil in fraudem legis, als nichtiges Faustpfand mit unzulässigem Besitzkonstitut gelten — 1205 — verstößt sie nicht gegen das in 1229 enthaltene Verbot der Verfallklausel. (Vgl. hiezu Caspari, Sich.-Üb. und Sich.-Zession § 5 S. 14 und § 6 II S. 19.) Selbst wenn die Parteien die Äußerung ihres Parteiwillens „verpfänden" nennen, kann unter Umständen damit die S.-Ü. gemeint sein. (So R. G. in Warn. Jahrb. 1910 Nr. 448 und 1916 Nr. 43.) Hat es aber beim Abschluß der S.-Ü. an dem für ihren gesamten Tatbestand erforderlichen ernsten Willen gekrankt, so kann der tatsächlich geäußerte Wille der Parteien bei den sonstigen Voraussetzungen im Falle der Umdeutung, 140, zufolge der Bestimmung in 117 II die Rechtswirkung des verdeckten Geschäftes erlangen.

2. Die S.-Ü. von beweglichen Sachen kann formlos vereinbart werden. Ist jedoch eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet, so ist zu seiner Gültigkeit die Beurkundung erforderlich. 154 II. 125 Satz 2.

Bei der etwaigen S.-Ü. von Grundstücken und den ihnen gleichgestellten Rechten (1015) ist neben der gesetzlichen (notariellen) Beurkundung die Vorschrift in 925 II zu beachten, wonach die Auflassung (Eintragung in das Grundbuch) unter einer auflösenden Bedingung ausgeschlossen ist; es kann jedoch dem Erwerber (S.-Gläubiger) die Rückübertragung unter der aufschiebenden Bedingung der Weiterveräußerung auferlegt und diese Verpflichtung durch Vormerkung gesichert werden 883 I 2. (Vgl. Heilfron § 44 S. 466). Zulässig ist aber der Vorbehalt der Nutznießung für den Veräußerer (S.-Schuldner). Die Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form hat die Nichtigkeit der S.-Ü. zur Folge.

3. a. Die Nichtigkeit der S.-Ü. kann sich daraus ergeben, daß sie entweder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, das in bürgerlich- und öffentlich-, besonders in strafrechtlichen Bestimmungen enthalten und so gemeint ist, daß das verbotene Rechtsgeschäft nichtig sein soll, (vgl. Kreß a. a. O. § 8, 2 S. 126 ff. und die dort aufgeführten Beispiele und Entscheidungen), oder daß sie gegen die guten Sitten verstößt oder insbesondere als wucherisches Geschäft sich darstellt. (134. 138 I. 138 II.) Beides — gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit — kann sich auf die einzelne Leistung oder Zweckvereinbarung oder auf die Interessenverfolgung beziehen; es darf also beispielsweise die Forderung des S.-Gläubigers und deren Kreditierung, die Gebrauchsüberlassung des Sicherungsgegenstandes, die Verwertung des S.-Objektes beim Ausfall der auflösenden Bedingung weder unmittelbar noch mittelbar entstanden sein (nicht dazu dienen und nicht dafür fortbestehen) aus einer dem Schmuggel dienenden Geschäftsbesorgung 662 ff. aus der Veräußerung eines unsittlichen Geschäftsbetriebes, aus dem Verkauf verbotener Devisen oder durch Kriegsmaßnahmen beschlagnahmter Waren, aus einer Spiel-, Wett-, Ehemäkler- Lohn- Schuld (Interessenvertretung), aus dem Verkauf einer Arzt- oder Rechtsanwaltspraxis usw. Ebenso darf mit Rücksicht auf die Kreditnot die Erfüllung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes sich nicht als eine wucherische Ausbeutung (als einseitig-sittenwidriges Geschäft) darstellen (R. G. Z. 97, 253); es darf kein Knebelungsvertrag (R. G. Z. 93, 30 und 99, 103) vorliegen, der den Schuldner auf Jahre hinaus in seinen geschäftlichen Beziehungen und durch seine Abhängigkeit von dem Gläubiger lahmgelegt. (Scheinexistenz — R. G. Z. 19, 255 und Höchstrichterl. Rechtspr. 1929 Nr. 1300.) Schließlich darf der Vertrag nicht absichtlich zur Irreführ-

rung anderer Gläubiger des S.-Schuldners geschlossen werden, um diese zur Hilfeleistung gegenüber den S.-Schuldner zu veranlassen.

Überhaupt wird bei der Charakterisierung des Geschäfts als sittenwidrig (138 I und II) die Hauptfrage die sein, ob nach den jetzigen Anschauungen des sozialen Kreises, innerhalb welches das Handeln vor sich geht, ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt wird oder nicht. Das Reichsgericht — Z. 80, 212 und 78, 263 — sagt hiezu noch: Sittenwidrigkeit ist anzunehmen, wenn das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkender unvereinbar ist. (Vgl. Staudinger S. 372 Vorb. 2 b.)

b. Wegen der im Schrifttum vielfach üblichen Unterscheidung zwischen dem (obligatorischen) **Verpflichtungsgeschäft** und dem dinglichen Verfügungsgeschäft ist bezüglich der Frage der Nichtigkeit des Eigentums am S.-Gegenstand noch auszuführen: „Verpflichtungsgeschäfte sind stets nichtig, mögen sie kausal oder abstrakt begründet sein, wenn die ihnen unterliegende causa eine sittenwidrige ist. Die Sittenwidrigkeit kann durch Bestätigung (141) nicht geheilt werden, da der Nichtigkeitsgrund, der Verstoß gegen die guten Sitten durch die Bestätigung (richtiger: Neubegründung) nicht weggeräumt werden kann. Die Nichtigkeit des Vertrags bezieht sich auch auf die Akzessorien: Pfandrecht, Bürgschaft und nach 344 auf die vereinbarte Vertragsstrafe. Die (dinglichen) **Verfügungsgeschäfte** dagegen werden regelmäßig durch die Sittenwidrigkeit der causa nicht nichtig, weil eben hier die Sittenwidrigkeit der causa nicht derart in den Inhalt der Verfügung einzugreifen vermag, daß diese als Ganzes sich als sittenwidrig darstellt. Eine Ausnahme ist anzuerkennen für sogenannte „langfristige Verfügungen" d. h. für solche, die nicht einen sofort abgeschlossenen Zustand schaffen, sondern in Zukunft wirken, wie die Abtretung künftiger Forderungen und bedingte Verfügungen. So Staudinger a. a O. S. 405 f.: er führt S. 581 unter Hinweis auf R. G. Z. 109, 200 ff. noch als Beispiel an für die Nichtigkeit einer Verfügung, wenn jemand sein ganzes Vermögen in den Formen des 930 einem Anderen überträgt, sein Geschäft aber unter dem Schein der Kreditwürdigkeit fortführt.

Auf alle Fälle ergibt sich aus dieser zutreffenden Stellungnahme in Ansehung der auflösend bedingten S.-Ü., daß ein unsittliches Verpflichtungsgeschäft innerhalb des S.-Ü.-Vertrages auch das Verfügungsgeschäft (die Übereignung sicherungshalber) nichtig macht, ebenso wie dies wegen der Kausalität aller vertraglichen Leistungen, Ansprüche angenommen werden darf und zwar auch für sittenwidrige Leistungen, Verfügungen, die noch bei der Abwickelungs-Verwertung des S.-Gegenstandes sich als solche ergeben können.

c. Beim **wucherischen** S.-Ü.-Vertrag ist übrigens auch deshalb das dingliche Rechtsgeschäft nichtig, weil nicht nur das Versprechen, sondern auch das Gewähren von Vermögensvorteilen, wenn es wucherischen Charakter hat, unter 138 fällt. — Staudinger S. 585 II 4.

Zum Tatbestand des Wuchers gehört übrigens neben dem objektiven Merkmal (daß jemand für sich oder für einen Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile sich versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt überschreiten, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen) noch das subjektive, das in der Vornahme des Geschäfts unter Ausbeutung der Notlage usw. einer anderen (natürlichen oder juristischen) Person oder einer Personenmehrheit (R. G. Z. 93 S. 27 ff.) liegt. Die Absicht der Ausnützung usw. ist nicht erforderlich, vielmehr genügt die bewußte Ausnützung.

d. Das auf Grund des unsittlichen Geschäfts Erlangte kann als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden nach Maßgabe der 812, 817, 818, 822. Die nichtige S.-Ü. hat zur Folge, daß die Sache — falls noch vorhanden — mit dem Eigentumsanspruch zurückverlangt werden kann, z. B. wenn sie schon zur Verwertung erfüllungshalber an den S.-Gläubiger herausgegeben war. Außerdem ist unter Umständen im Rahmen des 826 auch ein Schadensersatz begründet. Selbst der Wucherer — so unbillig diese Forderung auch ist, vgl. Staudinger S. 586 II 5 e — kann das, was er tatsächlich gegeben hat, zurückfordern und zwar mit dem Bereicherungs- und auch mit dem Eigentums-Anspruch, sogar dann, wenn der S.-Schuldner „bei dem Geschäft stehen bleiben will". Denn Satz 2 in 817 setzt voraus, daß diese turpis causa eine beiderseitige ist; es müßte also nicht nur dem Wucherer, sondern auch dem Bewucherten durch die Annahme ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fallen. Das trifft aber beim Wuchergeschäft nicht zu.

4. Nichtig ist die S.-Ü. von Sachen, die im **Eigentumsvorbehalt** eines Dritten (gewöhnlich des Lieferers) stehen und nach dem Regelfall der S.-Ü. zufolge Besitzmittlerrechtsverhältnis beim S.-Schuldner verbleiben, denn eine solche S.-Ü. verstößt gegen den „rechtlichen Grund", die Vereinbarung des Aufhebungszweckes

durch Sicherung und Erfüllung. Nur mit einem S.-Objekt, das im Augenblick des Vertragsabschlusses im Eigentum des S.-Schuldners steht, kann der erwähnte Zweck der S.-Ü. erreicht werden. Eine nachträgliche Heilung der Nichtigkeit — wenn etwa der Eigentumsvorbehalt des Dritten nach Abschluß der S.-Ü. fortfällt oder wenn der Dritte mit der S.-Ü. einverstanden ist, 185, — ist nicht möglich; sie kann nur als neue Vornahme gelten 141 I; eine Rückbeziehung der Wirkungen, 141 II, ist für die kausalen Leistungen des S.-Ü.-Vertrags nicht zulässig. (Vgl. § 15, 1 und 2.) Ferner erlischt, wenn beim Ausfall der Bedingung ein solcher Gegenstand an den S.-Gläubiger vom S.-Schuldner herausgegeben wird, das Eigentumsrecht des Dritten zufolge Eigentumsvorbehalts dann nicht, wenn dem S.-Gläubiger zufolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem S.-Schuldner gehört. 932 II. Eine solche Fahrlässigkeit erblickt — wie schon erwähnt — das R. G. (J. W. 1929 S. 582) darin, daß der Erwerber von Waren, die nur unter Eigentumsvorbehalt verkauft zu werden pflegen, sich mit der Verneinung des Bestehens eines Eigentumsvorbehalts begnügt und sich nicht Gewißheit darüber verschafft, ob die Ware tatsächlich dem Veräußerer gehört oder ob nicht etwa noch ein Eigentumsvorbehalt eines Dritten daran zu Recht besteht. Nur wenn ohne grobe Fahrlässigkeit der S.-Gläubiger keine Kenntnis vom fremden Eigentumsvorbehalt hatte, in diesem guten Glauben bis zum Ausfall der Bedingung und bis zum Erwerb des unmittelbaren Besitzes am S.-Objekt durch Herausgabe seitens des S.-Schuldners verblieb, könnte eine von jetzt ab rechtswirksame, neue Übereignung an Erfüllungsstatt angenommen werden. Vgl. § 16 IV e.

5. a. Nichtig ist die S.-Ü. von sogen. **wesentlichen Bestandteilen** im Sinne von 93, 94 B. G. B., also von unselbständigen Sachen, die Bestandteile einer anderen Sache sind oder es werden; sie „können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein". Solange sie nach ihrer Trennung isoliert bleiben, folgen sie dem Eigentum an der Sache, welcher sie zugehört haben 953; sie sind der Aneignung unzugänglich, 958, ebenso der Ersitzung. Würde das bis dahin selbständige S.-Objekt in irgend ein Akzessionsverhältnis — durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung — zu einer anderen Sache oder zu dem Bestandteil einer anderen Sache treten, so wird die Eigentumsfrage nach Maßgabe der Vorschriften in 946 ff. je nach den Umständen in verschiedener Weise beantwortet, keinesfalls aber könnte das bisherige S.-Objekt noch Gegenstand des S.-Eigentums bleiben. Der S.-Gläubiger könnte zufolge der Vorschriften über Akzession die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht verlangen, wohl aber nach 951 von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, die Vergütung in Geld nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung fordern. Bei unerlaubter Handlung sind auch 823 ff. 249 ff. zu beachten. Nach dem Verlust der Selbständigkeit durch Verbindung des S.-Objektes mit einer anderen nach 94, 946 ff. hätte der S.-Gläubiger (ebenso der S.-Schuldner) kein Aussonderungsrecht (K O 43) im Konkurs des Erwerbers und könnte, wenn ein Dritter als Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die Sache, deren wesentlicher Bestandteil das bisherige S.-Objekt geworden ist, betreibt nicht die Widerspruchsklage Z. P. O. 771, erheben. Bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks erwirbt der Ersteher durch Zuschlagsbescheid das Eigentum auch an den wesentlichen Bestandteilen. Diese nach Z. V. G. 90 mit B. G. B. 93 eintretende Folge kann durch irgendwelche Anordnung des Vollstreckungsgerichts oder des Prozeßgerichts nicht gehindert werden. Doch ist es möglich, in dem Zuschlagbescheid dem Ersteher eine persönliche Herausgabepflicht hinsichtlich bestimmter Bestandteile aufzuerlegen, die nach dem Gesetz mit dem Zuschlag sein Eigentum werden. Die Ausschließung eines wesentlichen Bestandteiles im Zuschlag allein entbehrt zwar der dinglichen Wirkung, vermag aber einen obligatorischen Anspruch gegen den Ersteher zu begründen. (Vgl. Staudinger a. a. O. Bd. I S. 362). Diese Möglichkeiten kämen für S.-Gläubiger wie für S.-Schuldner in Betracht, wenn es sich darum handelt, wegen der Tatsache, daß die sicherungshalber übereignete Sache wesentlicher Bestandteil einer anderen wurde, die eigenen Rechte zu wahren, falls nicht wegen Wegfalls des Sicherungs- bezw. Erfüllungs-Aufhebungszweckes und zufolge der Kausalität des S.-Ü.-Vertrags die Nichtigkeit des letzteren geltend gemacht werden will. Ist die S.-Ü. von vornherein nichtig, z. B. weil Holz auf dem Stamm den Gegenstand der S.-Ü. bilden sollte, so könnte der Ausfall des Rechtes des S.-Gläubigers dadurch ausgeglichen werden, daß der S.-Schuldner sich zunächst (obligatorisch) verpflichtet, die Trennung herbeizuführen d. h. das Holz zu fällen und dann das S.-Eigentum an dem getrennten, jetzt selbständigen Bestandteil, dem Holze, durch S.-Ü. dem S.-Gläubiger zu übertragen. Der S.-Ü.-Vertrag wäre aber erst in diesem Zeitpunkt zustande gekommen bezw. das S.-Eigentum des S.-Gläubiger erst jetzt erworben. In ähnlicher Weise könnte eine Maschine usw., die übereignet werden soll aber zunächst noch einen wesentlichen Bestandteil des dem S.-Schuldners

gehörigen Grundstückes (Fabrikanwesens) bildet, zum Gegenstand einer S.-Ü. **werden** (nicht **sein!**). Der Besitz (der mittelbare) könnte schon vor der Trennung dem S.-Gläubiger eingeräumt werden, so daß diesem (neben dem S.-Schuldner) die Besitzrechte zustünden (vgl. § 13 A II 3); denn ein Sonderbesitz an wesentlichen Bestandteilen ist möglich; Das ergibt sich aus 865 im Zusammenhalt mit 93. (Vgl. Staudinger a. a. O. S. 362 im Gegensatz zu R. G. Z. 59, 10.)

b. **Nicht**wesentliche Bestandteile gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer, soweit sich nicht aus 954—957 ein Anderes ergibt. Aber es können an ihnen schon vor der Trennung besondere Rechte nicht nur obligatorischer, sondern auch dinglicher Natur begründet werden; sie können also Gegenstand eines S.-Eigentums sein. (R. G. R. K. Bem. 1 zu 953: Wird ein unwesentlicher Bestandteil, der in fremdem Eigentum steht, vom Eigentümer der Sache veräußert, so erlangt der Erwerber an dem Bestandteil Eigentum nur nach Maßgabe der Vorschrift über den Schutz des guten Glaubens 932.) Im Augenblick der Verfügung erlangt der Bestandteil seine Selbständigkeit. Dabei wäre jedoch zu berücksichtigen, ob die selbständig gewordene Sache nicht jetzt als Zubehör anzusehen ist, wenn sie im bisherigen räumlichen Verhältnis verbleibt, so daß die Bestimmungen über die Übertragung von Zubehörstücken in Frage kämen; (vgl. Ziff. 6) ferner ob die etwaige Trennung der früheren Sache oder der zum selbständigen Allein-Ganzen gewordenen Sache nicht zur Auflösung des bisherigen Ganzen oder doch zur Beschädigung und wesentlichen Minderung der zu trennenden Stücke und dadurch zur Entwertung oder Herabminderung des Wertes führt. (Vgl. Staudinger a. a. O. S. 360) oder auch ob im Einzelfall nicht der getrennte Bestandteil als wesentlicher anzusehen ist.

6. a. **Zubehör** sind keine wesentlichen Bestandteile, auch keine Bestandteile der Hauptsache, sondern selbständige Sachen, die dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Eine Sache gilt als Zubehör nach 97 und 98, wenn sie im Verkehr als solche angesehen wird. Das Zubehör ist nicht gleich bedeutend mit **Nebensachen** (ein Begriff, der im B. G. B. in verschiedenem Sinne gebraucht wird — 470, 651, 947) und auch nicht mit **Zutat.** Denn Zutaten gehören wohl nach 651 II zu den Nebensachen; sie können mit der Hauptsache in einem körperlichen Zusammenhang sein, sind regelmäßig sogar bestimmt, mit einer anderen Sache körperlich verbunden zu werden. Ist dies geschehen, so sind sie Bestandteil der Hauptsache geworden, also nicht Zubehör. Ist es nicht geschehen (z. B. die Pelzverbrämung für einen, anzufertigenden Mantel), so können sie Zubehör sein.

b. Bezüglich der rechtlichen Bedeutung der Zubehör-Eigenschaft hat das B. G. B. von der Aufstellung einer allgemein gefaßten Rechtsregel abgesehen. Die verschiedenen einzelnen Bestimmungen können auf die rechtliche Selbständigkeit und Zugehörigkeit wie überhaupt auf das tatsächliche und rechtliche Schicksal des Zubehörs im Einzelfall einen derartigen Einfluß haben und häufigen Wechsel ausüben, daß die Parteien sich wohl nur sehr schwer dazu entschließen werden, Zubehörstücke zum Gegenstand eines S.-Ü.-Vertrages zu machen. Denn nur in Ausnahmefällen (z. B. wenn die Kreditierung der Forderung des S.-Gläubigers nur eine kurze ist, also vielleicht schon kurz nach der Ernte die Zahlung des Landwirtes (S.-Schuldners) erfolgen soll, und wenn das landwirtschaftliche Grundstück nicht belastet ist oder doch keine Vollstreckungsmaßnahmen Dritter zu gewärtigen hat) wird hiebei der Sicherungs- und Erfüllungs-Aufhebungszweck erreicht, wird die etwa trotzdem erfolgte S.-Ü. nicht tatsächlich und rechtlich durch die „entgegenstehenden Rechte Dritter" vereitelt oder nichtig zufolge der Kausalität des S.-Ü.-Vertrages. Ist doch schon ein (rechtlicher) Haupthinderungsgrund der, daß die Rechte Dritter (des Hypotheken-Gläubigers, Grundschuld- und Nießbrauchberechtigten am Grundstück usw.) erst dann erlöschen, wenn der S.-Gläubiger den unmittelbaren Besitz der Sache erlangt hätte. 936 I Satz 3.

Grundsätzlich können aber Zubehörstücke eine von der Hauptsache verschiedene Rechtslage haben, namentlich im Sondereigentum und Sonderbesitz stehen. Die wesentlichen, tatsächlich und rechtlich möglichen, gerade für den Erwerb von S.-Eigentum bedeutsamen Einschränkungen und Hinderungen von Verfügungen über Zubehörstücke sind folgende: die Veräußerung von Grundstücken erstreckt sich auch auf das Zubehör 926, doch erlangt der Grundstückserwerber das Eigentum an den zur Zeit des Erwerbs vorhandenen Zubehörstücken schlechthin nur, soweit sie dem Veräußerer gehören, andernfalls regelt sich der Eigentumübergang nach 932 ff. Wer die Hauptsache besitzt, besitzt damit nicht ohne Weiteres das Zubehör, wenn nicht das tatsächliche Gewaltverhältnis hergestellt ist. Die rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung einer Sache erstreckt sich im Zweifel auch auf das Zubehör (314); deshalb ist auch der Wiederverkäufer verpflichtet,

dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben 498 I. An Zubehörstücken eines Grundstückes wird unter den Voraussetzungen des 926 vom Erwerber mit der Auflassung der unbeweglichen Hauptsache Eigentum erwerben, ohne daß es einer Übergabe des (notwendig beweglichen) Zubehörs bedarf. Das gilt entsprechend auch für Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeit, 1031, 1062, 1093). Das Vorkaufsrecht an einem Grundstück erstreckt sich auch auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind 1120. Von dieser Haftung werden Zubehörstücke im Falle ihrer Veräußerung frei, wenn sie von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen sind; ohne Veräußerung werden sie nur dann frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von der Beschlagnahme aufgehoben wird. 1121, 1122 II. Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück erfaßt auch (vorbehaltlich 865 Z. P. O.) die Zubehörstücke, auf welche sich die Hypothek erstreckt.

7. Nichtig ist die S.-Ü. von Sachen, an denen das **gesetzliche Pfandrecht des Vermieters** nach 559 begründet ist.

a.a. Mit einer solchen Gegenleistung des S.-Schuldners wird der Zweck der S.-Ü., nämlich die Sicherung und Erfüllung der dem S.-Ü.-Vertrag zu Grunde liegenden Geldschuld, aus den gesetzlichen Gründen des Vermieterpfandrechts nicht erreicht, denn das S.-Objekt dient im Augenblick der S.-Ü. schon unbeschränkt dinglich der obligatorischen Abwickelung der Vermieteransprüche. Nach der Kausalität und dem Synallagma des S.-Ü.-Vertrags soll jedoch das S.-Objekt mit sofortiger Wirksamkeit Zug um Zug den erwähnten Zwecken dienen. Es fehlt sonach hier an der geeigneten rechtzeitigen Gegenleistung des S.-Schuldners, so daß ein solcher S.-Ü.-Vertrag wegen der mangelnden Kausalität seiner Leistungen (vgl § 13 A I, § 15, 1) von vornherein nichtig (nicht erst anfechtbar oder unwirksam) ist. Der gute Glaube der Parteien des S.-Ü.-Vertrags müßte zudem verneint werden insofern, als diese das gesetzliche Vermieter-Pfandrecht wissen mußten; in diesem Sinne wäre auch die Geltendmachung des S.-Eigentums dolos, weil das bestehende Vermieterpfandrecht wieder zur Herausgabe verpflichten würde. (Vgl. hiezu J. W. 1929 S. 2899.)

b. Die S.-Ü. kann auch nicht bedingt (weder auflösend noch aufschiebend) für jene Zeit geschlossen werden, in der „für künftige Forderungen und für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und folgende Mietjahr" (559 Satz 2) das Vermieterpfandrecht nicht geltend gemacht werden könnte. Das kann nicht dem Parteiwillen entsprechen, weil der S.-Gläubiger die Sicherung sofort (Zug um Zug) für seine Kreditleistung begehrt und weil eine solche Sicherung auch sonst für die Zweckerreichung der Parteien des S.-Ü.-Vertrages unbehelflich wäre. Zunächst besteht der Sicherungs-Aufhebungs-Erfüllungszweck aus dem Mietvertrag gesetzlich zu Gunsten des Vermieters weiter; für die Geltendmachung, nicht für die Entstehung der weiteren Ansprüche des Vermieters ist zunächst der Rechtsschutz des Vermieters eingeschränkt (559 Satz 2), die Entstehung bleibt für die Dauer des Mietverhältnisses uneingeschränkt. Würde also — entgegen dem wahren Parteiwillen und dem Regelfall widersprechend — die S.-Ü. aufschiebend bedingt abgeschlossen, so entstünden während der Fortdauer des Mietverhältnisses immer wieder neue, weitere Ansprüche des Vermieters, die den Zeitraum für ihre Geltendmachung zu Gunsten des Vermieters weiterhin verlängern. Ein erst nach Beendigung des Mietverhältnisses entstehendes dingliches Recht aber kann ohne die Gefahr seiner Begegnung mit der exceptio doli generalis dem gegenwärtig bestehenden gesetzlichen Pfandrecht des Vermietens nicht entgegengehalten werden.

Schließlich könnte das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters erst mit dem Augenblick erlöschen, in dem der S.-Gläubiger den unmittelbaren Besitz erlangt hätte. 936 I Satz 3.

8. Weitere Fälle von ungültigen S.-Übereignungen sind in der Darstellung der Rechtswirkungen — § 13 — enthalten.

### § 16. Sicherungsübereignung von Gegenständen, die zu einem Sachinbegriff (Warenlager usw.) gehören.

I. Hatte das Überhandnehmen von Eigentumsvorbehalten und Sicherungsübereignungen im Allgemeinen eine gewisse Beunruhigung in die Flüssigkeit des Geschäftslebens hineingetragen, die sogar zu Vorwürfen über eine mangelnde Rechtssicherheit im Güterverkehr geführt haben (wenn auch damit letzten Endes der Aufenthalt, die Verzögerung gemeint war, die eine rasche, zügige Abwickelung der Güterbewegung mit diesen Rechtsinstituten oder richtiger mit ihren Auswüchsen

zu überwinden hatte), so mehrten sich im Wirtschafts- wie im Rechtsleben die Bedenken, als die Fälle von Sicherungsübereignungen von Sachinbegriffen (von Warenlagern, Geschäftseinrichtungen usw.) sich häuften. Der Ruf nach Abhilfe, nach Gläubigerschutz wurde dringender und das Rechtsleben nahm im Schrifttum und in der Rechtsprechung immer erneut Stellung zu der Hauptfrage, ob und inwieweit Sachinbegriffe, besonders Warenlager — ganz oder Teile daran und beim Wechseln ihres Bestandes — den Gegenstand von Sicherungsübereignungen, wie überhaupt von Rechtsgeschäften bilden können.

II. Die Lehre des neuen bürgerlichen Rechtes hat ursprünglich (vgl. Cosack, Lehrb. des Deutsch. bürg. Rechts § 41 III und § 213 II) keinen Anstoß daran genommen, den Sachinbegriff als eine einheitliche Sache auch einem einheitlichen Recht zu unterwerfen, mochte es sich um dingliche Berechtigungen oder obligatorische Ansprüche handeln. Sie ging davon aus, daß sie den Sachinbegriff als die tatsächliche Beziehung mehrerer selbständiger Sachen zu einander bezeichnete, ohne daß eine von ihnen Hauptsache, die andere Zubehör wird. Ein solcher Sachinbegriff umfasse entweder eine Reihe **individuell** bestimmter Einzelsachen (z. B. ein bestimmtes Exemplar von Brehms „Tierleben" in 10 Bänden) oder er umfasse eine Mehrheit **wechselnder** Sachen, so daß der Inbegriff eine wesentliche Änderung nicht erleide, mag auch eine zu ihm gehörige Sache ausscheiden oder eine nicht zu ihm gehörige Sache hinzutreten — (z. B. eine ganze Bibliothek, ein Warenlager, eine Herde Schafe, ein Bienenschwarm). Auch erdrücke das einheitliche Recht, welches den Inbegriff als solchen umfaßt, nicht unbedingt die an den einzelnen zugehörigen Sachen etwa bestehenden Sonderrechte, wie ja auch bei der Einzelsache das an ihr bestehende Recht nicht alle an ihren tatsächlichen Teilen bestehenden Sonderrechte ausschließe (z. B. fremdes Buch in der eigenen Bibliothek). Auch die Vindikation könne auf einen Sachinbegriff gerichtet werden. Dabei mögen im Vindikationsprozeß, namentlich bei der Zwangsvollstreckung, Schwierigkeiten entstehen; ähnliche Schwierigkeiten kämen auch bei einer Vindikation von Einzelsachen vor, deren Indentität sich schwer feststellen lasse.

Mit dieser allgemeinen Auffassung hat die Gegenwart gerade in Ansehung der S.-Ü. von Sachinbegriffen gebrochen und zwar im Wesentlichen, um einen, bei diesem Rechtsinstitut besonders betonten, Rechtsschutz und eine größere Rechtssicherheit zur Vermeidung von Benachteiligungen dritter Personen oder auch, um ein Hilfsmittel in der Anpasssung an die Erfordernisse eines beschleunigten Güterverkehrs zu gewinnen.

Im Übrigen hätte jene frühere Auffassung des Sachinbegriffes mit ihren einfachen Deduktionen bei der Sich.-Übereignung dem Vertragswillen und dem Innenverhältnis entsprochen, sonderlich könnte dabei gemäß Zweck-Vereinbarung und -Erreichung diese Güterbewegung mit Sicherungs- und Aufhebungszweck zur Abwickelung kommen, selbst bei wechselnden Warenbeständen angesichts der nicht erforderlichen Äquivalenz zwischen Gläubigerforderung und Warenwert; aber der Ruf nach zivilrechtlicher Abhilfe gegenüber den Auswüchsen im jetzt so sehr beschleunigten Güterverkehr und die möglichste Sicherung gegenüber Mißbräuchen suchte und fand ihre Stütze in den sonstigen Bestimmungen der Rechtsordnung.

III. Bevor auf die jetzige Auffassung näher eingegangen wird, möchte schon jetzt und in diesem Zusammenhang ein besonderer Nachdruck gelegt werden auf ein Hilfsmittel, das im Einzelfall seiner begründeten Anwendung der **mißbräuchlichen** Sicherungsübereignung von Sachinbegriffen, insbesondere von Warenlagern und Geschäftsinventar abhelfen und vorkehren könnte.

Im Warenlager und Geschäftsinventar liegt der Grundstock allen kaufmännischen, gewerblichen Vermögens. Wenn ein Kaufmann usw. mit Hilfe dieses Grundstockes zu einer Güterbewegung schreitet, die nicht dem unmittelbaren Umsatz und Austausch von Waren dient, dann handelt er in einer bestimmten Kreditnot, die — mögen die Aussichten auf Abdeckungsmöglichkeit seiner Schulden noch so günstig erscheinen — im Regelfall ihn wie seinen Gläubiger-Lieferanten nur gezwungen zum Mittel der S.-Ü. mit solchen Sachinbegriffen greifen heißt. Dieser allgemeine, wirtschaftliche Gesichtspunkt und gerade weil neben der Schuldnernot die Gläubigernot vielfach zu Knebelungsverträgen führt, sollte den Anlaß geben, jeden in seinen Begleiterscheinungen irgendwie bedenklichen Fall der fraglichen Sicherungsübereignung zunächst dahin zu prüfen, ob nicht in (oder an Stelle) der „Sicherungsübereignung" des Warenlagers usw. ein gesetzlicher Schuldbeitritt des sicherungnehmenden Gläubigers gemäß 419 B. G. B. (im Zusammenhalt mit 140) zu erblicken ist. Denn Warenlager, Geschäftsinventar sind — wie sie schon allgemein den Grundstock des Geschäftes bilden — im Falle der Kreditnot meist das ausschließliche oder auch das Restvermögen, auch ein Teilvermögen (z. B. eines ehelichen Gesamtgutes, einer Gesellschaft, eines Handelsgeschäfts — hier zuletzt mit Anwendung

der Grundsätze des 419 B. G. B. neben den besonderen Bestimmungen in 25, 26, 28, H. G. B.), das dem „sicherunggebenden" Schuldner verblieben ist und allein noch im Augenblick des „Sicherungsübereignungsvertrages" seiner Kredithilfe dienen kann. Daß bei der Vermögensübertragung einzelne unwesentliche Vermögensgegenstände ausgenommen werden können, steht der Anwendung des 419 nicht entgegen. (Vgl. u. a. R. G. 69, 284; 80, 258; Prot. I 428.) Auch ist schließlich auf Vermögensübertragungen zum Zweck der Sicherung des Erwerbs von Forderungen 419 anwendbar ohne daß die Formvorschrift des 311 in allen Fällen eingehalten zu werden braucht. Denn die gesetzliche Formvorschrift für den Fall der Vermögensübernahme nach 419 ist mit dem objektiven Tatbestand der Vermögensübernahme ohne Weiteres verbunden; sie tritt schon mit dem Abschluß des schuldrechtlichen, auf Übernahme des Vermögens gerichteten Vertrags ein, nicht erst mit der Vornahme dinglicher Vollzugsvorschriften (Kreß a. a. S. 532). Wenn nun — wie beim S.-Ü.-Vertrag im Regelfall — alle einzelnen Vermögensgegenstände in gehöriger Form übereignet werden, so daß im Ergebnis eine Vermögensübernahme erreicht wird, so genügt dies zur Umdeutung des Tatbestandes in jenen des 419, dessen Anwendung auf tatsächlichem Gebiet über das des 311 weit hinausgeht. (Vgl. Staudinger a. a. O. zu 419 I 2 S. 88.) Der Vertrag braucht nicht auf die Übernahme der Schulden gerichtet zu sein; die Übernahme des Aktivvermögens zieht kraft Gesetz die Übernahme des Passivvermögens nach sich sogar dann, wenn die Vertragschließenden den Übergang der Schuld ausgeschlossen haben. (R. G. Z. 69, 284 ff.) Immer aber muß es sich um das Gesamtvermögen einer natürlichen oder juristischen Person handeln. Sondervermögen d. h. für einen besonderen Zweck dinglich gebundene Vermögensmassen, die durch diese Zweckverbundenheit aus dem Gesamtvermögen einer oder mehrerer Personen ausgeschieden sind, gehören nicht hierher, also nicht das Gesellschaftsvermögen 718 I, nicht das eheliche Gesamtgut, das Vorbehaltsgut usw. (a. M. Kreß S. 533 Anm. 31 sowie Andere bei Staudinger a. a.O. Angeführte); deshalb ist es eine Vermögensübernahme auch dann nicht, wenn das Geschäft einer offenen Handelsgesellschaft mit allen Rechten und Verbindlichkeiten übernommen wird. Denn da die offene Handelsgesellschaft nicht eine juristische Person ist, handelt es sich hiebei nur um Übernahme eines Sondervermögens der Gesellschafter, nicht um Übernahme des Gesamtvermögens einer natürlichen oder juristischen Person (J. W. 1918 S. 35). Die **tatsächlichen** Verhältnisse entscheiden bezüglich der **Sonder**vermögen. Ist das Gesellschaftsvermögen ausnahmsweise zugleich das Gesamtvermögen einer Person, das Gesamtvermögen der offenen Handelsgesellschaft zugleich das Gesamtvermögen der Gesellschafter, dann greift 419 Platz. (R. O. L. G. 45, 138.) Wenn ein das ganze Vermögen als solches betreffender schuldrechtlicher Vertrag nicht geschlossen wird, wohl aber alle einzelnen Vermögensgegenstände in gehöriger Form übertragen werden, so daß im Ergebnis eine Vermögensübernahme erreicht ist, dann trifft — wie schon erwähnt — der Fall des 419 in seiner Erweiterung gegenüber 311 ein und zwar selbst dann, wenn der schuldrechtliche Vertrag wegen Verletzung der Form des 311 nichtig wäre, wenn nur die Vollzugsvorgeschäfte rechts gültig vorgenommen wurden so wie es bei der Zug- um Zugleistung des S.-Ü.-Vertrags von Sachinbegriffen mit Abschluß eines rechtswirksamen Besitzmittlerrechtsverhältnisses der Fall ist.

Unter Umständen kann sogar die Übertragung einer einzelnen Sache (erst recht eines Warenlagers oder sonstigen Sachinbegriffs) eine Vermögensübernahme nach 419 bewirken, wenn eben diese das Vermögen des Veräußerers im Ganzen darstellt, z. B. Gutsübergabe, auch S.-Ü. eines Warenlagers (vgl. Hoeniger a. a. O.). Auch dann kann jene Vermögensübernahme vorliegen, wenn das Gesamtvermögen durch mehrere, nach einander abgeschlossenen Verträge (also auch durch S.-Ü.-Verträge allein oder mit anderen Verträgen) übertragen wird. (R. G. in J. W. 1928 S. 1344 Nr. 1.) Schließlich bezieht sich 419 entsprechend auch auf die Übertragung eines Bruchteiles eines Vermögens als solchen; der Erwerber haftet hier für einen entsprechenden Bruchteil als der Schuldner (Kreß a. a. O. S. 532 Anm. 33 und Staudinger S. 889). Die Haftung des Übernehmers wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß er dem Veräußerer den etwaigen Kaufpreis voll entrichtet hat. (D. J. Z. 1908 Sp. 1163) also im angeblichen „S.-Ü.-Vertrag" nicht deshalb, weil er den Kauf- oder Übernahmepreis Zug um Zug auflösend bedingt kredidiert hatte. Der bisherige Schuldner haftet bei Übertragung seines Vermögens oder eines Bruchteiles unverändert fort; die Haftung des Übernehmers (Gläubigers) beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die aus einem übernommenen Vertrag ihm zustehenden Ansprüche (samtverbindlich mit dem bisherigen Alleinschuldner — Staudinger a. a. O. S. 890 II 1.2), besonders auch für die bedingten Ansprüche; er haftet aber nicht bis zum Werte des Aktivvermögens — pro viribus —, sondern mit dem Erlös der übernommenen Vermögensstücke (cum viribus).

Die Bestimmungen über die Haftung bei Übernahme eines Handelsgeschäfts lassen jene in 419 unberührt; beide Vorschriften decken sich nicht und schließen einander nicht aus insofern, als der Erwerber eines Handelsgeschäfts nicht nach 25 H. G. B. für die Schuld haften und doch nach 419 haftpflichtig sein kann und umgekehrt.

Ist eine Schuld des Übergebers vor der Übernahme rechtskräftig festgestellt worden, so kann in Richtung gegen den Übernehmer eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Übergeber erwirkten Urteils erteilt werden 729 I, 727 Z. P. O. Seine Beschränkung der Haftung kann der Übernehmer nur dann geltend machen, wenn sie im Urteil selbst vorbehalten ist. 786, 780 Z. P. O. Deshalb muß sich der Übernehmer, wenn er wegen einer Schuld des Übergebers verklagt wird, auf die Beschränkung seiner Haftung spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung berufen.

Aus der Zusammenfassung dieser für die Übernahme eines fremden Vermögens nach 409 einschlägigen Grundsätze ergibt sich, daß wirtschaftlich und rechtlich die Umdeutung einer S.-Übereignung von Sachinbegriffen" in eine Vermögensübernahme mit der Folge des gesetzlichen Schuldbeitritts des Übernehmers (bisherigen Gläubigers) in manchen Fällen nahe liegen kann. Hoeniger (die Sicherungsübereignung von Warenlagern) hat bei der eingehenden Prüfung und Bekämpfung der Zulässigkeit der S.-Ü. von Warenlagern frühzeitig auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht.

IV. Die **heutige** Rechtsauffassung über die (allgemeine) Zulässigkeit von Rechtsgeschäften hinsichtlich der Sachinbegriffe geht dahin, daß nicht der Sammelname als Sachinbegriff. als Sachgesamtheit („Warenlager", „Geschäfts- und Büro-Einrichtung", „Baumaterialien", „Schafherde" usw.) Gegenstand einer rechtswirksamen Güterbewegung sein kann; denn der Sachinbegriff als solcher sei nicht eine bewegliche Sache, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (92), sondern nur die einzelnen beweglichen Sachen, die von einem solchen Sachinbegriff in ihrer tatsächlichen Beziehung zu einander erfaßt werden, könnten den Gegenstand vom Rechten bilden (92, 1035, 1038 — vgl. hiezu Staudinger a. a. O. Anm. III zu 903, ferner Hoeniger a. a. O. § 54 ff.).

Die Anwendung der letztgenannten Grundsätze auf den Fall der S.-Ü. an Gegenständen, die zu einem Sachinbegriff (Warenlager usw.) gehören, ergibt demnach als das allgemeine Erfordernis, daß die Zweckvereinbarung der Parteien sich auf die unter dem Sammelnamen zusammengefaßten, bestimmten einzelnen beweglichen Sachen, Stücke erstrecken muß (Individualisierungs-, Konkretisierungs-Prinzip).

Diese Auffasung bildet den Ausgangspunkt für die Behandlung von weiteren Fragen, die im Rahmen dieser Abhandlung an der Hand der reichen Kasuistik der Rechtsprechung usw. wiedergegeben werden sollen.

1. Die für das Zustandekommen einer rechtswirksamen Sicherungsübereignung unerläßliche Vereinbarung eines gültigen Besitzmittlerverhältnisses nach § 868 B. G. B. (vgl. R. G. vom 4. 6. 26; J. W. 1927 Seite 669; Hoeniger a. a. O. Seite 3) * begegnet bei der S.-Ü. von Sachinbegriffen insoweit Schwierigkeiten, als nicht jedes Rechtsverhältnis hiezu sich eignet; so z. B. nicht die Miete, weil der Mieter nach § 556 B. G. B. die gemietete Sache nach Ablauf des Mietverhältnisses herauszugeben hat und gerade der Schuldner nach der Vereinbarung in der Zwischenzeit den Lagerbestand wechseln darf. Das gleiche gilt von der Leihe (O. L. G. Stuttgart vom 24. 6. 13, Seuff. Bl. 78 S. 581). Die Erteilung einer Vollmacht allein genügt nicht; es müßte sonst der Sicherungsgeber bei Verkauf seiner Waren in fremdem Namen handelnd auftreten; eine Vollmacht dahin, daß der Bevollmächtigte in eigenem Namen handeln darf, ist keine Vollmacht (Hoeniger a. a. O. S. 23 und S. 59).

Die Einräumung eines „Dispositionsnießbrauches" (quasi usus fructus) nach 1067 geht auch nicht, denn der Sicherungsgeber wird durch die Nießbrauchbestellung wiederum Eigentümer; es käme sohin gar keine Übereignung zustande (O. L. G. Rostock in O. L. G. 18 S. 135).

Ein Kommissionsvertrag nach 383 H. G. B. kann auch nicht zu Grunde gelegt werden; der Schuldner kauft oder verkauft nicht gewerbsmäßig Waren für Rechnung eines anderen (Hoeniger a. a. O. S. 72 ff.).

Das bloße Herausgabe-Versprechen des Schuldners genügt nicht (Hoeniger Seite 100).

Auch hat das R. G. (6. 11. 08; Recht 1909 S. 73) ein wirksames Besitzkonstitut

* Hoeniger a. a. O. S. 102 verneint jede rechtliche Möglichkeit eines Rechtsverhältnisses, das ein Besitzkonstitut begründet und zugleich dem Veräußerer das Recht beläßt, über die veräußerte Sache ganz frei und im eigenen Interesse — also wie ein Eigentümer — zu verfügen.

nicht in der Vereinbarung erblickt, wonach der Schuldner, der seinem Gläubiger sein Warenlager und seine Geschäftseinrichtung sicherungshalber übertragen und sich vom Gläubiger als dessen Verkäufer hatte anstellen lassen, das Geschäft aber im eigenen Namen fortführte; der Gläubiger habe hier nicht den mittelbaren Besitz erlangt.

Schließlich genügt besonders nicht die bloße Besitzvereinbarung; ein abstraktes Besitzkonstitut ist unwirksam; nötig ist vielmehr die Vereinbarung eines besonderen, bestimmten, konkreten Rechtsverhältnisses (R. G. 49 S. 174, 54 S. 398; D. J. Z. 1902 S. 101). Ein ähnliches Verhältnis im Sinne des § 868 B. G. B. wäre sonach allgemein jenes, das dem Nießbrauch oder dem Pfand, der Pacht, der Miete oder der Verwahrung ähnlich ist und einen anderen auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet. (Hoeniger a. a. O. S. 93).

Als ein solches ähnliches Verhältnis hat das R. G. (14. 11. 11; J W. 1912 S. 144) in der Vereinbarung anerkannt, durch die der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherung von dessen Forderung das Eigentum an seiner Wohnungs- und Laden-Einrichtung überträgt und zugleich erklärt, die veräußerten Gegenstände nur noch als Eigentum des Gläubigers zu besitzen, der ihm seinerseits Gewahrsam und unentgeltliche Nutznießung überläßt. (Vgl. § 8, 1.)

2. Neben der Frage des Besitz-Konstituts sind noch folgende Fälle wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung aufzuführen:

a. Eine Geschäftseinrichtung oder ein Warenlager in ihrer Gesamtheit als Inbegriff der dazu gehörigen Sachen können deshalb an sich nicht übereignet werden. Die Übereignung muß vielmehr an den einzelnen, zu dieser Gesamtheit gehörigen, körperlichen Sachen sich vollziehen, die im Vertrag deutlich und individuell bezeichnet werden müssen (O. L. G. Stuttgart v. 30. 9. 1902 — O. L. G. 8 S. 64).

Geht jedoch aus dem S.-Übereignungsvertrag oder aus den begleitenden Umständen hervor, daß **sämtliche** zur Geschäftseinrichtung oder zum Warenlager gehörigen Gegenstände übereignet werden sollen, so ist die Übereignung der sämtlichen einzelnen Gegenstände als wirksam erfolgt anzusehen, wenn auch im Übereignungsvertrag statt der einzelnen Aufführung der in Frage kommenden Gegenstände der Sammelausdruck „Warenlager" oder „Geschäftseinrichtung" gebraucht wird. So hat das R. G. (v. 12. 5. 1916 — Senff. Arch. Bd. 71 S. 445 ff.) erklärt, daß es nicht immer erforderlich ist, die zu übereignenden Sachen einzeln aufzuführen; es genügt auch eine sie zusammenfassende verkehrsübliche Bezeichnung, Z. B. der Ausdruck „Warenlager". Vorausgesetzt sei aber, daß dann alle, zu einem bestimmten Warenlager gehörigen Gegenstände übereignet werden sollen. Werde aber statt einer solchen zusammenfassenden Bezeichnung eine Aufzeichnung der einzelnen gewählt, so bedürfe es deren genauer Individualisierung, mögen sie auch tatsächlich das gesamte Warenlager ausmachen.

b. Ist das Warenlager **in mehreren getrennten Räumen** untergebracht, so kann auch nur **der Teil des Warenlagers** rechtswirksam sicherungsübereignet werden, der in einem besonders erkennbaren Raum sich befindet. Auch hier ist nicht nötig, daß die in diesem bestimmten Raum befindlichen Waren stückweise einzeln aufgeführt werden; es genügt zur rechtswirksamen S.-Ü. dieser sämtlichen Waren, wenn beim Vertrag etwa die Fassung gewählt wird: „Sämtliche im 3. Abteil des Ladens zur Zeit des Vertragsschlusses befindlichen Waren." So wird nach dem Urteil des R. G. v. 14. 11. 1911 (J. W. 1912, 144) die nötige Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes darin gefunden, daß alle Waren sicherungsübereignet werden sollten, die sich zur Zeit des Vertragsabschlusses in einem bestimmten Raum, nämlich im Laden des Veräußerers befanden. Ebenso ist es, wenn beispielsweise sämtliche Möbelstücke, die sich in einem bestimmten Zimmer (z. B. Geschäftszimmer) befinden, sicherungsübereignet werden sollen, nicht nötig, sie einzeln in einem Verzeichnis aufzuführen. Hier genügt die Bestimmung: „Sämtliche im Geschäftszimmer zur Zeit des Vertragsabschlusses befindlichen Möbel".

c. Will ein Schuldner nicht sein ganzes, in nur **einem** Raum befindliches Warenlager, sondern **nur einen Teil** desselben zur Sicherung übereignen, dann muß er, wenn es sich etwa um völlig gleichartige, individuell nicht unterscheidbare Waren handelt (z. B. Kochherde derselben Marke von der gleichen Lieferfirma), die zu übereignenden Einzelstücke von den übrigen ausscheiden und sie in erkennbarer und bestimmbarer Weise von den anderen, nicht sicherungsübereigneten Stücken trennen, in einem gesonderten Raum aufbewahren oder auch sie mit einem besonderen Kennzeichen (Buchstaben, laufende Nummer) versehen, im gleichen Lagerraum (unter entsprechendem Vermerk im Übereignungsvertrag) weiterhin belassen.

Handelt es sich dagegen um zweierlei Marken oder sonst durchaus verschiedene und dadurch unterscheidbare Gegenstände, so genügt die Anführung der gewählten Marke, Größe usw., um sie von den auf Lager befindlichen erkennbar zur Siche-

rung zu übereignen. (Vgl. R. G. vom 7. 11. 1921, Band 103, S. 151, vom 9. 3. 1926 Bd. 113, S. 57.)

d. Die S.-Ü. kann sich nicht nur auf die zur Zeit des Abschlusses des Übereignungsvertrages im Warenlager befindlichen Waren erstrecken, sondern auch auf die **ins Warenlager künftig erst einzubringenden Waren.**

So hat das R. G. im vorerwähnten Urteil v. 9. 3. 26 Bd. 113 S. 57 ff. einen Vertrag über die Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit folgendem Inhalt für gültig erklärt: „Zur Sicherung für die Erfüllung aller Verbindlichkeiten, die der Firma A gegen die schuldnerische Firma zustehen, hat die Firma B sämtliche Mehl- und Getreidevorräte, die sich in den im Vertrag bezeichneten Lagern befinden, der Firma A übereignet. Die Parteien sind ferner darüber einig, daß sämtliche in Zukunft in die genannten Lagerräume eingelagerten Getreide- und Mehlbestände der Firma B ohne Weiteres in das Eigentum der Firma A übergehen". Das R. G. verlangt aber auch hier, daß die Bestimmbarkeit der übereigneten Gegenstände unter allen Umständen gegeben ist. Diese Bestimmtheit würde verloren gehen, wenn nachträglich in dem bestimmten Lagerraum gleichartige und von den bereits übereigneten Waren nicht unterscheidbare fremde Waren eingebracht würden, etwa gar wegen Eigentums-Vorbehalt im Eigentum eines Dritten stehende Getreide- und Mehlbestände. Hier erwirbt der Schuldner (Sicherungsgeber) an den mit Eigentumsvorbehalt belasteten Waren kein Eigentum und kann sie deshalb auch nicht sicherungsübereignen. Hierzu äußert sich das R. G.: Wenn eine stets wechselnde, veränderliche Sachgesamtheit, ein Warenlager, in der Weise zur Sicherung übereignet wird, daß sowohl die gegenwärtigen als auch die zukünftigen Bestände in das Eigentum des Gläubigers fallen sollen und daß dem Schuldner gestattet ist, fortlaufend bis zu einer gewissen Grenze Waren aus den Beständen frei zu veräußern, so ist die Bestimmheit der sicherungsübereigneten Gegenstände dann nicht mehr gesichert, wenn dem Warenlager Warenmengen zugeführt werden, an denen der Sicherungsgläubiger mangels Eigentumsrechts des Schuldners kein Eigentum erwerben kann. Es fehlt dann an der Konkretisierung der Waren, die der Sicherungsübereignung unterliegen. Nicht mehr der gesamte Bestand des Warenlagers, wie der Vertrag es bestimmte, ist zur Sicherung übereignet, sondern nur ein Teil des vorhandenen Bestandes und dieser Teil ist nunmehr unbestimmt geworden hinsichtlich der dazu gehörigen einzelnen Stücken.

e. Nur dann, wenn der zu sichernde Gläubiger von dem Eigentumsvorbehalt ohne grobe Fahrlässigkeit keine Kenntnis hatte und beim Ausfall der Bedingung die ihm übereigneten Gegenstände in seinen unmittelbaren Besitz übernommen hat, erwirbt er kraft seines guten Glaubens das Eigentum an den mit Eigentumsvorbehalt belasteten Warenmengen. Das vorbehaltene Eigentum ist dann durch die Eigentumsübertragung erloschen. Beim Regelfall der Sicherungsübereignung dagegen, also beim Belassen der übereigneten Waren im Besitze des Schuldners, hilft auch der gute Glaube des Erwerbers, daß die Waren im Eigentum des Schuldners stehen, nichts. (Vgl. hierzu § 15 II 4.)

f. Bei dem unter d genannten Fall will das R. G. auch nicht die Entstehung von Miteigentum durch die Vermischung der gleichartigen Waren — der bereits gültig übereigneten mit den später hinzugekommenen fremden Waren — erblicken dergestalt, daß die Anteile der Eigentümer der mit einander verbundenen Waren sich nach dem Verhältnis des Wertes bestimmen, den die Waren zur Zeit der Verbindung haben. 948, 947. Vielmehr läßt es aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit heraus wegen der infolge Vermischung eingetretenen Unbestimmtheit der übereigneten Waren den Übereignungsvertrag ungültig (nichtig) werden.

Dies Ergebnis kann in manchen Fällen der S.-Ü. eine formale Härte für jene Fälle des Wirtschaftsverkehrs bedeuten, in denen an vermengbaren oder vermischbaren Waren (z. B. beim sogen. erlaubten Verschnitt mehrerer Sorten Faßwein und dessen Abfüllung in Flaschen) die äußere Form, das Aussehen verloren geht, um in einer anderen Form usw. wieder aufzuleben. Dadurch ist aber nur die Bestimmbarkeit der früheren Form, des Aussehens verloren gegangen; der bessere Maßstab, nämlich der Wert und seine Bestimmbarkeit im Augenblick der Mischung und nach derselben ist erhalten geblieben und kann als Grundlage für das Wertverhältnis und Miteigentum dienen. Kommen aber nach der Vermischung nur noch obligatorische Ansprüche bezüglich der zur Vermischung verwendeten Sachen in Betracht, so dürfte der Umdeutung der S.-Übereignung in eine Sicherungsabtretung nichts im Wege stehen, denn beiden Rechtsinstituten ist die gleiche Zweckvereinbarung (Sicherungs- und Erfüllungsaufhebungszweck in Ansehung einer kredidierten Forderung) gemeinsam.

## § 17. Das Sicherungseigentum in den besonderen Verfahren.

### A. Im Zwangsvollstreckungsverfahren.

Die mannigfachen Ansprüche, Rechte aus dem gegenseitigen Vertrag der S.-Ü. äußern auch im Verfahren der Zwangsvollstreckung, der Einzelvollstreckung innerhalb der Parteien selbst wie gegenüber Dritten, ihre Rechtswirkung. Dabei wäre zu unterscheiden, ob die Vollstreckung während oder nach der Schwebezeit der auflösenden Bedingung stattfindet.

I. 1. Betreibt in der erwähnten Schwebezeit der S.-Gläubiger — dies etwa auf Grund eines Vollstreckungstitels, den er in Ansehung der gleichen (Sicherungs-) Forderung vor Abschluß des S.-Ü.-Vertrags erwirkt hat — die Zwangsvollstreckung, obwohl er die zugrunde liegende Forderung im S.-Ü.-Vertrag gestundet hat und ihm kein Anspruch auf Herausgabe des S.-Objektes gegenüber dem S.-Schuldner zusteht,

a. in das **sonstige** Vermögen (Forderungen, bewegliche Sachen usw.) des S.-Schuldners, so steht dem letzteren, wenn ein Urteil den Vollstreckungstitel bildet, die Vollstreckungsgegenklage zum Prozeßgericht erster Instanz zu Z. P. O. 767. Liegt ein anderer Vollstreckungstitel vor, z. B. gerichtlicher Vergleich usw., so hat der S.-Schuldner gleichfalls die Vollstreckungsgegenklage (hier ohne die beschränkende Vorschrift des 767 II Z. P. O.) zu dem, im Einzelfall nach 796, 797 Z. P. O. zuständigen Gericht.

b. In das **S.-Objekt selbst** — etwa weil er neben dem S.-Eigentum noch ein Pfändungsrecht erwirken will —, so steht dem S.-Schuldner an sich der gleiche Rechtsbehelf wie bei a zu. Die Vollstreckungsgegenklage aus 767 erübrigt sich jedoch durch die formlose Einwendung nach 766, daß die Vollstreckung unzulässig ist, weil das Vollstreckungsobjekt im S.-Eigentum des Vollstreckungs-S.-Gläubigers steht und außerdem weil die Vollstreckung nach 161 I Satz 2, II B. G. B. eine unwirksame Verfügung des S.-Gläubigers ist. Dasselbe würde gelten, wenn der S.-Gläubiger auf Grund eines für eine **andere** Forderung, die ihm gleichfalls gegenüber dem S.-Schuldner zusteht, erwirkten Vollstreckungstitels das S.-Objekt — etwa weil dessen Mehrwert seine schon gesicherte Forderung (des S.-Ü.-Vertrags) weit übersteigt — pfänden lassen wollte. 777 Z. P. O., vgl. hiezu Reichel in J. W. 1929 S. 2621 zu Ziff. 9.

2. Betreibt in der Schwebezeit ein **Dritter** die Zwangsvollstreckung in das S.-Objekt zu Gunsten einer Forderung,

a. die ihm gegenüber dem **S.-Schuldner** zusteht, so kann der S.-Gläubiger die Widerspruchsklage zum Vollstreckungsgericht nach 771, 805 Z. P. O. erheben und zwar auf Grund seines S.-Eigentums und mittelbaren Besitzes.

b. die ihm gegenüber dem **S.-Gläubiger** zusteht — gleichgültig, ob sein Vollstreckungsanspruch aus einer Zession der gesicherten Forderung oder aus einer sonstigen Schuld des S.-Gläubigers herrührt —, so hat auch der S.-Schuldner, der für die Zwangsvollstreckung gegenüber dem S.-Gläubiger als Dritter anzusehen ist, zufolge seiner vertraglichen Rechte (Besitz, Gebrauchsüberlassung, auflösend bedingtes Eigentum), die im Einzelnen als „ein die Veräußerung hinderndes Recht" nach 771 Z. P. O. sich darstellen (vgl. J. W. 1930 S. 707), die Widerspruchsklage gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger (**nicht** aber gegenüber dem S.-Gläubiger) oder doch (wahlweise) die Einwendung nach 766 bezw. nach 765 Z. P. O. (Zug um Zug-Leistung).

Vollstreckt der Pfändungsgläubiger, weil er den vollstreckbaren Titel erlangt hat auf Grund seiner Rechtsnachfolge in sämtliche Rechte und Pflichten des S.-Gläubigers durch Vertrag oder im Wege der Universalsuccession (Erbschaft), so stehen dem S.-Schuldner alle Erinnerungen, Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung zu, wie sie ihm gegenüber dem S.-Gläubiger zugestanden hätten. (Vgl. unter A I.)

II. **Nach** der Schwebezeit der Bedingung.

1. Beim Eintritt der Bedingung zufolge Zahlung der Schuld kann der S.-Gläubiger der Pfändung des S.-Objektes seitens dritter Personen nicht mehr widersprechen. Gegenüber Pfändungen von dritten Personen als Gläubiger des bisherigen S.-Gläubigers hat der S.-Schuldner die Widerspruchsklage nach 771.

2. Beim Ausfall der Bedingung zufolge Nichtzahlung der Schuld kann der S.-Schuldner. der Wegnahme des S.-Objektes seitens des Gläubigers nicht mehr widersprechen; er ist zur Herausgabe verpflichtet. Er hat auch kein Zurückbehaltungsrecht (273) daran wegen eines etwaigen Mehrwertes oder zu erwartenden Mehrerlöses; gerade zur Verwertung erfüllungshalber muß er die Sache an den Gläubiger oder auch an den Dritten, der das Eigentum daran durch Abtretung des nunmehrigen Herausgabeanspruchs vom S.-Gläubiger erworben hat (931), heraus-

geben. Sein Anspruch auf Mehrerlös ist obligatorischer Art, richtet sich nur gegen den S.-Gläubiger (ungerechtfertigte Bereicherung und allenfallsiger Schadensersatz). Aus denselben Gründen können auch dritte Personen als Gläubiger des S.-Schuldners der Pfändung und Wegnahme des S.-Objektes seitens des S.-Gläubigers oder seines Rechtsnachfolgers nicht widersprechen.

3. Gegenüber Pfändungen seitens dritter Personen als Gläubiger des S.-Schuldners hat der S.-Gläubiger, solange die Sache nicht an ihn herausgegeben worden ist, die Widerspruchsklage 771 Z. P. O.

III. 1. Für die Widerspruchsklage (771 Z. P. O.) des S.-Gläubigers ist es belanglas, in welchem Wertverhältnis seine Forderung zum S.-Objekt steht, ferner ob inzwischen die gesicherte Schuld teilweise getilgt ist und daß (während der Schwebezeit der Bedingung) das S.-Eigentum ein auflösend bedingtes ist. Auch handelt er kraft seines eigenen, die Veräußerung hindernden Rechts; es kann darin nicht die Geltendmachung der Interessen des S.-Schuldners gegenüber dessen übrigen Gläubigern etwa deshalb, weil das S.-Eigentum (so weit es den Wert der Forderung übersteigt doch im Mehrwert) als fiduziarisches „formelles" Eigentum für den S.-Schuldner verwaltet werde (so Nord: J. R. 1927, 590), erblickt werden.

2. Da der Besitz als ein „die Veräußerung hinderndes Recht" (771 Z. P. O.) gilt, denn er ist auch nach dem B. G. B. ein Recht an der Sache, in das einzugreifen die Gläubiger des Schuldners nicht ohne besonderen Rechtsgrund befugt sind (vgl. Jonas — Gaupp-Stein — S. 545; auch J. W. 1930 S. 707), kann auch im Einzelfall gegenüber Dritten (nicht gegenüber dem S.-Gläubiger) dem S.-Schuldner die Widerspruchsklage zustehen. (Vgl. oben I 2 b).

3. Soweit die Rechte nach 771 Z. P. O. nachgewiesen werden, ist die Zwangsvollstreckung einzustellen; die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen sind aufzuheben. 771 III, 769, 770. Z. P. O.

### B. Im steuerrechtlichen Pfändungsverfahren.

1. Der Reichsfinanzhof hat in einem viel umstrittenen Gutachten vom 8. 6. 26 (R. St. Bl. 1926, 217) aus Bestimmungen der Reichsabgabeordnung (§§ 4, 80) gefolgert, daß derjenige, dem die Pfandstücke vorher sicherungshalber übereignet worden sind (der S.-Gläubiger), der Pfändung des Fiskus aus Steuerrückständen des S.-Schuldners nicht widersprechen könne, da ihm nur die vorzugsweise Befriedigung nach § 301 R. A. O. zustehe. Die neueste Rechtsprechung (vgl. Kammergericht vom 8. 12. 27 im J. W. 1928 S. 971 und R. G. vom 9. 4. 29 Bd. 124 S. 73 ff.) hat dem Treuhänder (S.-Gläubiger) die Widerspruchsklage nach § 301 R. A. O. genau so zugestanden, wie er gemäß 771 Z. P. O. gegen die von irgend einer anderen Seite erfolgte Pfändung der ihm übereigneten Sache Widerspruchsklage erheben könne, zumal die Bestimmungen in 3 und 80 R. A. O. nicht als eine Beschränkung des Sicherungseigentums gegenüber fiskalischen Steuerforderungen sich darstelle, sondern lediglich den Steuerschuldner, nicht dritte Personen betreffe und überhaupt nicht auf das Beitreibungsverfahren, sondern nur auf die Steuerveranlagung sich beziehe.

2. Die Widerspruchs- oder Interventionsklage aus 771 Z. P. O. wird vielfach auch als Aussonderungsklage bezeichnet. Trotz der in der erwähnten R. G. E. innerhalb der Einzelvollstreckung (Singularexekution) dem Sicherungseigentum zuerkannten Aussonderungskraft bestreitet man ihm die gleiche Eigenschaft innerhalb der Universalexekution, im Konkurse des S.-Schuldners (vgl. unter C). Sicher verträgt sich eine solche unterschiedliche Behandlung nicht mit den Grundsätzen einer einheitlichen Rechtsprechung.

### C. Im Konkursverfahren.

1. In Schrifttum und Rechtsprechung ist bisher im Gegensatz zur Auffassung in der Zeit der ersten Bekämpfung der S.-Ü. als Rechtsinstitut (vgl. Lilienthal in D. J. Z. 1902, 242 ff., besonders auch die Zusammenstellung der verschiedenen gegensätzlichen Auffassungen und ihre Widerlegungen bei Weinberger — die Aussonderung anvertrauter Werte, S. 3 ff. —) Die Eigenschaft des Sicherungseigentums als Aussonderungsrecht — 43 K. O. — des S.-Gläubigers im Konkurs des S.-Schuldners verneint worden; es wurde ihm lediglich die Absonderungskraft nach 48 K. O. zugestanden; dagegen sollte der S.-Schuldner im Konkurs des S.-Gläubigers in Ansehung des S.-Objektes aussonderungsberechtigt sein. Selbst begründete Stellungnahmen zu der Art des fiduziarischen Eigentums überhaupt, wie sie z. B. Staudinger a. a. O. Bd. I S. 414 VI II mit Rücksicht auf den Wortlaut in 43 K. O. und 771 Z. P. O. gegenüber einer gekünstelten und unhaltbaren Unterscheidung zwischen „wirtschaftlichem und juristischem Eigentum" oder zwischen materieller und for-

meller Zugehörigkeit gibt, haben noch keine Abhilfe zu erreichen vermocht; noch scheint die Hoffnung auf baldige Abhilfe berechtigt im Hinblick auf eine Würdigung der mehrerwähnten R. G. Z. vom 9. 4. 29 (vgl. Oertmann in D. J. Z. 1929 S. 1643). Darin wird zwar die Auffassung des R. G. begrüßt, daß die S.-Ü. kein besonderes, mit geringerer dinglicher Kraft versehenes Eigentum vielmehr „volles bürgerlichrechtliches Eigentum" schaffe, an dessen dinglicher Wirksamkeit durch Vereinbarung der Beteiligten nichts geändert werden kann, doch wird gleichzeitig aus „rechtspolitischen" Gründen (die jedoch wenige Zeilen vorher einem „fiduziarischen" Eigentum versagt werden) das Konkursrechtliche Aussonderungsrecht des S.-Gläubigers verneint, dagegen für ein solches des S.-Schuldners eine entsprechend „stichfeste" Begründung des R. G. gewünscht. Auch dies zeigt eine nicht einheitliche Behandlung des auf einem, nach Zweck und Inhalt des Rechtsgeschäfts einheitlichen **Rechtsgrund** (812) beruhenden S.-Ü.-Vertrags § 11, 7. Der Charakterisierung dieses Vertrags in seinem Regelfall als eines gegenseitigen Vertrags ist bisher offensichtlich keine genügende Beachtung zuteil geworden. Besonders hartnäckig hat das konkursrechtliche Schrifttum (vgl. Jaeger a. a. O. III. und IV. Auflage Bad. I 571 Anm. 13 zu § 48 und Anm. 11 zu § 43) gegen die Auffassung des Sicherungseigentums als eines Aussonderungsrechts Stellung genommen. Vielleicht hätte schon bisher eine praktische Erwägung zu einem anderen Ergebnis in den Rechtsfolgen des Sicherungs- und Erfüllungs-Aufhebungszweckes der S.-Ü. führen können. Es ist nämlich in der Jetztzeit der sich so ungewöhnlich mehrenden Fälle von Konkursen sowie von Verfahren nach der Vergleichsordnung gar nicht ausgeschlossen, daß über die Vermögensmassen von S.-Schuldner und S.-Gläubiger gleichzeitig der Konkurs eröffnet wird. Dann würden also nach der bisherigen Auffassung, besonders nach jener von Jaeger, in Ansehung desselben S.-Objektes zweierlei konkursrechtlichen (dinglichen) Rechte aus dem gleichen Vertrag mit einem einheitlichen Rechtsgrund vorliegen: der S.-Schuldner, obwohl er sicherungshalber sich seines Eigentums am S.-Objekt begeben hat, hätte das Aussonderungsrecht für das S.-Objekt im Konkurs des S.-Gläubigers und der letztere, wiewohl er das Eigentum am S.-Objekt sicherungshalber erworben hat, hätte nur das Absonderungsrecht bezüglich des S.-Objektes im Konkurs des S.-Schuldners. Was hilft aber dem S.-Gläubiger der Trost (vgl. Jaeger a. a. O.), daß sein „Absonderungsrecht" nichts „rechtsgegensätzliches" ist gegenüber dem „Aussonderungsrecht" des S.-Schuldners oder gar, daß der Konkursverwalter des S.-Schuldners auf Grund des Aussonderungsrechts seines Kridars vom Konkursverwalter des S.-Gläubigers auch zunächst nur zur Absonderung des S.-Objektes (zu **Gunsten** des S.-Gläubigers bezw. der Konkursmasse desselben?) gebracht wird! Die Okkupationsbefugnis am Wild seitens des Jagdgehilfen, auch die Okkupation der „herrenlosen Sache" durch den Wilddieb ist nichts rechtsgegensätzliches gegenüber der Okkupation des Jagdherrn, doch wesentlich verschieden ist der Rechtschutz für die drei Okkupierenden kraft ihrer verschiedenen wirklichen oder angemaßten Befugnis.

2. Die konkursrechtliche Würdigung der Rechtswirkungen eines S.-Ü.-Vertrages — gleichgültig, ob es sich um den Konkursfall des S.-Schuldners oder um jenen des S.-Gläubigers handelt — kann sich nicht auf die einzelnen dinglichen Rechte und obligatorischen Ansprüche der Vertragsparteien beschränken; immerhin ist allgemein und soweit die Geltendmachung dieser auflösend bedingten Rechte usw. in Frage kommt, im Einzelnen nach § 2 V zu beachten:

a. Das bedingte Recht des Gemeinschuldners gehört schon vor Eintritt der Bedingung zu seinem Vermögen und somit zur Konkursmasse. Der Konkursverwalter kann das bedingte Recht, die Anwartschaft für die Masse unter Umständen verwerten. (Jaeger a. a. O. Anm. 57 zu § 1.)

b. Auflösend bedingte, zur Konkursmasse gehörigen Rechte des Gemeinschuldners werden durch den Bedingungseintritt der Masse entzogen und Gegenstand eines Aussonderungsrechts (Jaeger, Anm. 58).

c. Auflösend bedingte Forderungen gegen die Konkursmasse werden nach K. O. 66 wie unbedingte geltend gemacht; die darauf entfallenden Anteile werden aber bei der Verteilung zurückbehalten, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet K. O. 168 Nr. 4.

d. Über das Aufrechnungsrecht mit bedingten Forderungen siehe K. O. 54.

e. Die auflösend bedingten (dinglichen) Rechte sind durch 161 B. G. B. auch gegenüber Verfügungen des Konkursverwalters, die in dem Sinne als weitere Verfügungen des anderen Teiles zu betrachten sind, mit dinglicher Wirkung geschützt.

3. a. Für die konkursrechtliche Würdigung kommt vielmehr zunächst in Betracht, daß der in seiner Einheit vollkommen zweiseitige, also gegenseitige S.-Ü.-Vertrag (vgl. § 13 A II 10 b) der Bestimmung in K. O. 17 unterliegt; denn die Leistung des einen Teils bildet einen Teil, bildet das Entgelt für die Leistung des

anderen, Ansprüche und Gegenansprüche beruhen auf einem **einheitlichen** Rechtsgrund und bedingen einander in ihrer Entstehung. (Vgl. § 11, 7 b, c und § 13, 1, 2.) Wenn demnach ein S.-Ü.-Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, kann de Konkurs-Verwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teil verlangen. K. O. 17. Zur Erfüllung gehört, daß die „geschuldete" Leistung bewirkt wird, daß also alles geleistet wird, was nach dem Inhalt des ganzen Vertrags geschuldet ist. 362. 364. 267 B. G. B. Dazu gehören also die Kreditierung des S.-Gläubigers bis zur Fälligkeit der Schuld, die Gebrauchsüberlassung des S.-Objektes an den S.-Schuldner, die Herausgabe des S.-Objektes beim Ausfall der Bedingung sowie für diesen Fall die Verwertung des S.-Objektes mit der Verrechnung des Mehr- oder Minder-Wertes bezw. -Erlöses erfüllungshalber sowie die Schadensersatzleistung. Bisherige bloße Teilleistungen — 266 — schließen die Anwendbarkeit des 17 K. O. selbst dann nicht aus, wenn nur noch ein verhältnismäßig geringfügiger Teil der Gesamtleistung aussteht, z. B. wenn die Kreditgewährung kurz vor dem Ende steht. Auch das Ausstehen nur einer Nebenleistung (z. B. der Zinsen für die gestundete Schuld, des allenfalsigen Entgeltes für Gebrauchs- oder für Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung — Pacht — am S.-Objekt) bedeutet eine Unvollständigkeit der Erfüllung (Jaeger S. 191 Anm. 10).

b. Hätte sich bis zur Eröffnung des Konkurses für eine der Vertragsparteien das Rücktrittsrecht nach 325 ff. 346 ff. ergeben — (etwa für den S.-Gläubider, weil angesichts des verzögerten Gefahrübergangs am S.-Objekt — vgl. § 13 A II 10 — dem S.-Schuldner die S.-Übereignung ganz oder teilweise unmöglich geworden ist, oder für den S.-Schuldner, weil dem S.-Gläubiger durch (Singular-) Zession der gesicherten Forderung an einen gutgläubigen Dritten allgemein oder durch Konkurseröffnung über sein Vermögen die Kreditierung unmöglich geworden ist, auch aus 162 B. G. B.) — **und** war der Rücktritt rechtswirksam schon dem anderen Teil gegenüber erklärt (auch wenn die Nachfrist noch läuft) bezw. gegenüber seinem Konkursverwalter nach dessen Erfüllungsannahme, so würde die bezügliche Anwartschaft aus der beiderseitigen Rückgewährspflicht des 346 ff. 327 ein Masseaktivum, seine bedingte Verbindlichkeit nach der allgemeinen Vorschrift des 67 K. O. ein Massepassivum bilden. Nach der Konkurseröffnung bezw. nach der Erfüllungsannahme des K.-Verwalters ist der Rücktritt gegenüber dem Konkursverwalter des Verpflichteten bezw. vom K.-Verwalter des Berechtigten auszuüben. Das damit zustande gekommene (erneuerte) gegenseitige Schuldverhältnis unterliegt dem 17 K. O. und zwar so, daß der das Recht ausübende K.-Verwalter mit dieser Ausübung zugleich die Erfüllung verlangt und dementsprechend die Gegenleistung zu bewirken hat. Wäre das Rücktrittsrecht **vor** der Konkurseröffnung des anderen Teils ausgeübt, so steht dem Konkursverwalter selbstredend auch hier die Wahl zwischen Erfüllung und Ablehnung frei. Der Schadensersatzanspruch der Gegenpartei wegen Nichterfüllung des K.-Verwalters — 26 K. O. — kann gegen eine massezugehörige Forderung aufgerechnet werden. (Vgl. Jaeger S. 193 A. 9.) Der Grund, weshalb die Erfüllung unterblieb, ob insbesondere **Verzug** des Nichterfüllenden vorliegt, ist für die Anwendung des 17 K. O., das Wahlrecht des K.-Verwalters belanglos; desgleichen der Umfang der noch ausstehenden Gegenleistung. Jaeger S. 196 A. 21.

Für die Erfüllungsannahme des K.-Verwalters können die materiellrechtlichen Wirkungen (43 K. O. 160, 161, 162, 325 ff. 346 ff. B. G. B.) eines Rücktritts, der vor der Eröffnung des Konkurses erklärt ist, bestimmend sein. Sein Wahlrecht wird auch hier beeinflußt durch die für seine Aufgabe, das Interesse der Gesamtgläubigerschaft zu wahren, notwendige wirtschaftliche Erwägung, ob er das Passivvermögen durch eine Masseschuld (59 u. 57 K. O 2) oder durch eine einfache Konkursforderung belasten soll (je nach dem Gleichwert von S.-Schuld und S.-Objekt) und ob seine Selbstübernahme der Verwertung des S.-Objektes eine höhere Verwertung des S.-Objekts ermöglicht.

c. Die Entscheidung des K.-Verwalters (aus sich selbst heraus oder vom Vertragsgegner des S.-V. veranlaßt) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. 130 — 132. 174. 182; B. G. B.; sie wirkt unter Abwesenden mit dem Zugang an den Vertragsgegner 130. Einer Annahme bedarf es nicht; sie ist auch stillschweigend möglich, denn es besteht keine Formvorschrift für die Abgabe oder Annahme. Sie kann nicht widerrufen, jedoch wegen arglistiger Täuschung nach 123 B. G. B. (Jaeger A. 30 S. 199) dann angefochten werden, wenn der Gegner einen für die Entscheidung des K.-Verwalters erheblichen, nach Treu und Glauben mitzuteilenden Umstand verschweigt und z. B. wegen der Flucht des Kridars der K.-Verwalter auf die Auskunft angewiesen ist. Die Ablehnung der Erfüllung ist nur **eine besondere Befugnis des K.-Verwalters;** ein besonderes Masserecht auf Erfüllung ist durch 17 K. O. nicht begründet (Jaeger S. 203 Anm. 40). Die Sondervorschrift will aber dem gemein-

samen Interesse aller Konkursgläubiger dienen, darum kann sie als insofern zwingendes Recht durch den Willen der Parteien nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Das Schweigen des zur Erfüllung Aufgeforderten wirkt wie die ausgesprochene Ablehnung (17 Abs. II Satz 2 K. O.); dem Schweigen steht eine unwirksame Annahmeerklärung gleich, namentlich die einseitige Beschränkung der Annahme auf einen Teil des einheitlichen Vertrags, so z. B. wenn der S.-Schuldner (oder im Falle seines Konkurses sein K.-Verwalter) die Erfüllung nur unter der Beschränkung annehmen will, daß bei Nichtzahlung der fällig gewordenen S.-Schuld die S.-Ü. nicht erfüllungs**halber** sondern an Erfüllungs**statt** zu gelten habe. Eine Erfüllungsfrist besteht in Ansehung der Abgabeerklärung nach 17 K. O. nicht; die Entscheidung soll — auch wenn die Erfüllungszeit für die Leistungen des gegenseitigen Vertrags noch gar nicht eingetreten ist — ohne Verzug erfolgen, was nach den Mot. II S. 69 eine Berücksichtigung der einzelnen Umstände gestattet aber nicht gleichbedeutend mit „sofort" (z. B. 147 B. G. B. oder 376 B. G. B.) oder mit „sogleich (z. B. 318 B. G. B.) ist. Jedenfalls muß dem K.-Verwalter Zeit bleiben, die nach 133, 2 K. O. erforderliche Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen. (Vgl. auch 135 K. O.) Trotz Bestehens eines Gläubigerausschusses und mangelnder Zustimmung desselben bleibt die Erfüllungs- oder Ablehnungserklärung gegenüber dritten Personen einschließlich des anderen Vertragsteils rechtswirksam. 136 K. O. Der Gläubigerausschuß kann dem K.-Verwalter nicht bindend vorschreiben, wie er zu wählen hat und enthebt andererseits durch die Genehmigung den Verwalter nicht der persönlichen Verantwortlichkeit (89 K. O.), wenn dessen Wahl schuldhaft das Interesse der Gesamtgläubiger verletzt. 133 K. O. (Jaeger S. 199 A. 31 u. A. 32.)

d. Hat sich der Konkursverwalter zur Erfüllung des Vertrags entschieden, so ist die andere Partei genötigt, nun auch ihrerseits zu Konkursmasse (59, 2 K. O.) die Leistungen zu bewirken, wie sie nach Inhalt des Vertrags geschuldet sind. Gerät der Gegner mit der obligatorischen Leistung in Verzug, so stehen der Masse die in 326 ff. B. G. B. bezeichneten Rechte zu. Auch kann sich der der Masse zugehörige Erfüllungsanspruch gegen die andere Partei nach 326 in eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung verwandeln. Andererseits wird die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners, falls die Voraussetzungen des 17 K. O. vorliegen, mit dem Erfüllungsbegehren bezw. mit der Erfüllungszusage zur **Masseschuld.** 59, 2 K. O., die als solche grundsätzlich in Natur, vor allen Konkursforderungen (57 K. O. ) und selbst vor den Massekosten (60 K. O.) zu decken und dem Einfluß eines Zwangsvergleichs entzogen ist (191 I 192 K. O.). Die Bestimmungen in 12, 61—70, 138 ff. K. O. sind insbesondere dann nicht anwendbar. Das gilt sowohl für die Verbindlichkeit selbst wie von den Nebenverpflichtungen und von der künftighin an Stelle der Erfüllung tretenden Ersatzschuld, auch für die Verbindlichkeit zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen nicht gehöriger Erfüllung, die nach dem Erfüllungsbegehren bezw. nach der Erfüllungszusage des K.-Verwalters aus dessen Verzug (326) erwächst. Stehen **beide Teile des Vertrags im Konkurs,** so kann der Verwalter des einen das Erfüllungsbegehren des anderen durch Ablehnung vereiteln. Derjenige Verwalter, der zur Erfüllung bereit und im Stande war, kann zu Gunsten seiner Masse im Konkurs des ablehnenden Gegners einen Schadensersatz-Anspruch (Jaeger S .204 A. 43) anmelden. Dem Konkursverwalter stehen auch sonst alle Rechte und Einwendungen zu Gebote und entgegen, die nach Maßgabe des Vertrages dem Gemeinschuldner entgegen- und zustehen.

e. Bei **Ablehnung der Erfüllung** erlöschen für die Zukunft alle wechselseitigen Erfüllungsansprüche. An ihre Stelle tritt, wenn der Vertragsgegner infolge der Ablehnung Schaden erleidet, eine einseitige Konkursforderung (26, 14, 193) auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags (Mot. II 67, 86, 87 und Jaeger S. 245 Anm. 3 und S. 204 Anm. 43), also nicht etwa eine Erfüllung als Massegläubiger, da der Anspruch auf Erfüllungsinteresse schon vor dem Konkurse bedingt entstanden ist, überdies aber als Masseschuld die Masse so stark belastet würde, daß damit der Zweck der Ablehnung des K.-Verwalters vereitelt werden könnte; die Nichterfüllung tritt mittelbar „infolge Eröffnung des Konkursverfahrens ein". 26. K. O.

f. Solange der K.-Verwalter nicht ausdrücklich oder stillschweigend die Wahl betätigt hat, ist das Schicksal des Vertrages **in Schwebe.** Mit seiner Ablehnung lösen sich die beiderseitigen Erfüllungsansprüche auf in den erwähnten Ersatzanspruch des geschädigten Vertragsgegners. Es ist aber nicht so, als ob bereits die Konkurseröffnung selbst das Schuldverhältnis umwandelte, der Verwalter jedoch durch rechtzeitiges Erfüllungsbegehren diese Folge wieder rückgängig machen könnte. (Ausnahme im Fall des 18 K. O.) — Jaeger S. 204 A. 43. — Aus allgemeinen Rechtsvorschriften kann sich der Anspruch nicht regeln, daderK.-Verwalter in Ausübung einer dem Konkurs eigentümlichen, auf besondere Zweckmäßigkeitsbestimmung be-

ruhenden Befugnis ablehnt. Verschulden, Leistungsvermögen oder Verzug des Gemeinschuldners oder des Verwalters brauchen nicht vorzuliegen zur Beendigung des Schwebezustandes. Auch wird der Vertrag durch die Ablehnung nicht rückwirkend aufgehoben. Wohl aber entfallen von da ab die gegenseitigen Ansprüche auf Erfüllung. Erleidet der Vertragsgegner infolge der Ablehnung keinen Schaden, dann erlischt das Schuldverhältnis überhaupt, auch für den Konkurs. Die Ablehnung kann auch zum Vorteil des Vertragsgegners gereichen. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrags umfaßt nicht nur den positiven Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn (Zinsen, Kosten usw. können in Ansatz kommen) 249 ff. B. G. B.; dafür ist er als einfache Konkursforderung (in Geld zu verfolgen) dem Zwangsvergleich unterworfen. 193 K. O.

g. Der **Aussonderungs-, Ersatzaussonderungs- oder Masseschuldenanspruch** auf Grund der 43, 46, 59 Nr. 1 und 3 **schließt die Anmeldung einer Schadensersatzforderung nicht aus.** Selbstverständlich aber ist der Wert, der kraft jener Ansprüche erzielt wird, in Ansatz zu bringen (J. W. 1900, 344). Werterhöhung oder Wertminderung der aussonderungspflichtigen Sache können sonach den Schadensersatz mindern oder erhöhen. (Jaeger Anm. 45 S. 207.) Bei konkurrierendem Verschulden greift 254 B. G. B. Platz. Jedoch besteht im Verzugsfall (nicht aus 326 B. G. B., sondern nur aus 249 ff.) ein persönlicher Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrags. **Ein Recht, vom Vertrag zurückzutreten, besteht nicht mehr,** auch nicht für den K.-Verwalter; denn der Rücktritt würde auch für die Vergangenheit wirken. 327, 346 ff. B. G. B.

h. Die Umwandlung des Vertragsverhältnisses tritt ohne Rücksicht auf den Willen des Gegners ein; er kann nicht mehr Erfüllung verlangen, weil das gegenseitige Vertragsverhältnis in der ursprünglichen Form nicht mehr besteht; dem K.-Verwalter steht allein das Wahlrecht aus 17 K. O. zu. Die Erfüllungsablehnung bedeutet nicht die Freigabe der Vertragsrechte des Gemeinschuldners; „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen". Der Vertragsgegner hat ein dringendes Interesse, auch den etwaigen Schaden zu ermitteln, den er als K.-Gläubiger rechtzeitig anmelden muß. Durch die Ablehnung des K.-Verwalters wird der Erfüllungsanspruch des Gemeinschuldners **nicht konkursfrei;** keiner der beiden Kontrahenten kann außerhalb des Konkurses oder auch nach diesem auf das ursprüngliche Schuldverhältnis zurückgreifen; die Entscheidung des K.-Verwalters bindet den Gemeinschuldner auch für die Zukunft. (Jaeger S. 210 Anm. 50).

4. Die Anwendung der vorstehend unter Ziffer 3 gebrachten allgemeinen rechtlichen Grundsätze bezüglich der Rechtswirkungen der Konkurseröffnung auf die bestehenden gegenseitigen Verträge ergibt für den Fall des **Konkurses des S.-Schuldners** folgendes:

a. Der S.-Gläubiger hat wegen des Leerlaufs des S.-Ü.-Vertrags in der Schwebezeit bis zur Erklärung des Konkursverwalters über die Erfüllung oder Ablehnung der Erfüllung des Vertrags das Interesse, den unverzüglichen Entscheid des K.-Verwalters über seine Wahl zu erfahren. Ein Erfüllungsinteresse kommt für ihn, wie gleichermaßen für den K.-Verwalter auch dann noch in Frage, wenn etwa die gesicherte Schuld vor der Konkurseröffnung fällig geworden, das S.-Objekt aber noch nicht verwertet ist; erst nach der Verwertung, der Verwertungsabrechnung bezüglich des Mehr- oder Mindererlöses gilt der gegenseitige Vertrag als erfüllt. Deshalb wird der S.-Gläubiger den K.-Verwalter um Abgabe seiner Erklärung nach 17 K. O. ersuchen, sein S.-Eigentum an den S.-Objekten, zumal an jenen, die zu einem Sachinbegriff (Waarenlager usw.) gehören unter genauer Bezeichnung der einzelnen Stücke (besonders wenn sie nicht in einem gesonderten Raume etc. lagern), zur Aussonderung nach 43 K. O. zur Vermeidung „weiterer" Verfügungen hierüber im Hinblick auf 161 II, I. Satz 2 B. G. B. geltend machen, um die noch ausstehende Gegenleistung der Herausgabe und Verwertung derselben vorzubereiten und zu sichern. Gleichzeitig meldet er (43, 57, 59, 2, 3 K. O.) seine Schuldforderung unter Angabe ihrer ganzen Höhe samt Nebenleistungen (Kosten und Zinsen) sowie etwa bis dahin d. h. bis zur Konkurseröffnung erwachsene Schadensersatzansprüche (letztere vielleicht unter Vorbehalt der endgültigen Feststellung) aus 160, 161 B. G. B. oder aus sonstigem vertraglichem Verschulden des Gemeinschuldners (z. B. infolge Verzugs) und schließlich den hiernach für die Bemessung der Gesamtforderung voraussichtlich erwachsenden Ausfallbetrag an. Erfordert es die besondere Sachlage (z. B. bei Tod oder Flucht des Schuldners), so ist es zweckmäßig, den K.-Verwalter noch gleichzeitig über den Verlauf der bisherigen Abwickelung des S.-Ü.-Vertrags, besonders über Teil- oder Ersatzleistungen für den ursprünglichen, versicherten S.-Gegenstand (vgl. § 13 A II. 10) und über einen etwa vor der Konkurseröffnung erklärten Rücktritt vom Vertrag oder über den Lauf einer Nachfrist nach 326 B. G. B. zu informieren, damit das Gesamtbild über das Passivum oder Aktivum aus dem

S.-Ü.-Vertrag möglichst offensichtlich wird und der K.-Verwalter seine Wahl nach 17 K. O. ohne Verzug treffen kann.

b. Ist der Konkursverwalter **zur Erfüllung bereit,** so ergibt sich nach den Ausführungen unter 3 d folgende Rechtslage:

Der S.-Gläubiger ist zur Weiterleistung der Kreditierung bis zur Fälligkeit seiner Schuldforderung verpflichtet, desgleichen zur Gebrauchsüberlassung am S.-Objekt an den Gemeinschuldner bezw. zu Gunsten der Masse, zur Verwertung des S.-Objektes erfüllungshalber und zur Verwertungsabrechnung für den Fall, daß aus der Masse die fällig gewordene Schuld nicht beglichen wird. Kommt der S.-Gläubiger mit einer obligatorischen Leistung in Verzug, so stehen der Masse die Rechte nach 326 B. G. B. ihm gegenüber zu; auch kann sich der Erfüllungsanspruch gemäß 326 in eine Schadensersatzforderung wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung verwandeln.

Das S.-Objekt behält die Eigenschaft als Aussonderungsobjekt (43 K. O.); bis zum Ausfall der auflösenden Bedingung steht dem S.-Gläubiger kein Herausgabeanspruch zu. Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung fällt es ipso jure in die Konkursmasse.

Die bisherige Schuldforderung des S.-Gläubigers wird zur Masseschuld, die nach der facultas alternativa des S.-Ü.-Vertrags bei Eintritt der Bedingung voll (einschließlich der Nebenleistungen usw.) aus der Masse bezahlt wird und die beim Ausfall der Bedingung in Höhe des S.-Gläubigerausfalls bei der Verwertung (Entschädigung wegen Schadensersatzes) wiederum aus der Masse zu decken ist. Der Mehrerlös bei der Verwertung ist an die Masse abzuführen. Die Masseschulden haben den Rang vor den Massekosten und vor den Konkursforderungen 57, 59, 2 K. O.; sie fallen nicht unter den Zwangsvergleich. 191, 192 K. O.

Auch sonst stehen dem Konkursverwalter (für die Masse), wie dem S.-Gläubiger alle Einwendungen und Rechte aus dem S.-Ü.-Vertrage zu; insbesondere jene aus 320 ff. (einschließlich des Rücktritts) und 160, 161, 162 B. G. B.

c. **Bei Ablehnung der Erfüllung** seitens des K.-Verwalters erlöschen alle wechselseitigen Erfüllungsansprüche; ein Rücktrittsrecht besteht deshalb weder für den S.-Gläubiger noch für den K.-Verwalter (vgl. 3 e). Die Nichterfüllung tritt mittelbar „infolge Eröffnung des Konkursverfahrens ein" 26, K. O., der Rücktritt würde dagegen für die Vergangenheit wirken 327, 346 ff. B. G. B. Die Schuldforderung des S.-Gläubigers ist fällig geworden 66 K. O., das Besitzmittlerrechtsverhältnis ist erloschen, das (ausgesonderte 43 K. O.) Eigentum am S.-Objekt ist für den S.-Gläubiger ein unbedingtes geworden; der S.-Gläubiger kann die unverzügliche Herausgabe desselben erfüllungshalber vom K.-Verwalter verlangen; der letztere darf sie nicht verweigern. (Erfüllungs- und Aufhebungszweck der Übereignung war auflösend bedingt. 161 II, I Satz 2 B. G. B.) Die Befriedigung der Forderung des S.-Gläubigers bei der Verwertung umfaßt die (ursprüngliche) Schuldforderung, das etwa vereinbarte Entgelt für die Gebrauchsüberlassung, die Nebenforderungen, (Zinsen, Kosten; die Zinsen jedoch nur bis zur Verfahrenseröffnung 61, 63, K. O.) und die Entschädigung (auch für entgangenen Gewinn 249 ff.) wegen Erfüllungsablehnung seitens des K.-Verwalters.

Reicht der Wert oder Erlös des S.-Objektes nicht zur Befriedigung seiner ganzen Forderung aus, so hat er wegen des ungedeckten Betrages eine einfache Ausfallsforderung nach 61, 6 ff. K. O. Bringt die Verwertung einen Mehrerlös gegenüber seiner ursprünglichen Schuldforderung samt Nebenleistungen, dann darf er seine Schadensersatzforderung bis zur Höhe des Mehrerlöses aufrechnen, weil der Anspruch des Gemeinschuldners auf den Mehrerlös schon vor Eröffnung des Verfahrens, dagegen seine eigene Schadensersatzforderung erst nach diesem Zeitpunkt erworben ist. 55, Nr. 2, 53, 54 K. O.

5. Für den Fall der **Konkurseröffnung über das Vermögen des S.-Gläubigers.**

a. Hier ist (ähnlich wie im Fall 4 a für den S.-Gläubiger) jetzt für den S.-Schuldner von Wichtigkeit die Erklärung des K.-Verwalters über Erfüllung oder Ablehnung des S.-Ü.-Vertrags ohne Verzug zu erfahren, falls dieser nicht selbst seine Wahl erklärt. Hängt doch davon der Weiterbestand des Besitzmittlerrechtsverhältnisses (z. B. der Verwahrung) ab, dessen jähe Beendigung mit gleichzeitiger Fälligkeit der gesicherten Schuld schwere wirtschaftliche Nachteile oder selbst den Untergang seiner geschäftlichen Existenz mit sich bringen kann. Deshalb hat auch der K.-Verwalter zur Vermeidung des größeren Schadensersatzanspruches und einer vom S.-Schuldner nicht beitreibbaren Deckung des etwaigen Verwertungsausfalls gleichermaßen ein Interesse daran, den bis zur Ausübung seines Wahlrechtes laufenden Schwebezustand zu kürzen. Wie bei 4 a wird jetzt der S.-Schuldner den Konkursverwalter über den bisherigen Gang der Abwickelung des gegenseitigen Vertragsverhältnisses, besonders über teilweise Unmöglichkeit und Ersatz der Lei-

stung usw. unterrichten und die Gefahr und Höhe des bei der Erfüllunggsablehnung voraussichtlich erwachsenden Schadens nicht unerwähnt lassen, zumal dann, wenn der S.-Schuldner ohne Fortgewährung der bisherigen Kreditierung die Hauptschuld nicht zu leisten vermag.

b. Ist der Konkursverwalter **erfüllungsbereit** 17. K. O., so bleibt das gegenseitige Vertragsverhältnis wie bisher unter den Kontrahenten mit der facultas alternativa bestehen. Aktiv berechtigt und passiv verpflichtet ist die Konkursmasse; nach 57 ff. K. O. Das Rechtsmittlerverhältnis besteht weiter; das Sicherungseigentum bleibt vorerst im Bestand der Konkursmasse als auflösend bedingtes S.-Eigentum. Der S.-Schuldner hat bis zum Eintritt der Bedingung d. h. bis zur Fälligkeit und Zahlung seiner Schuld kein Aussonderungsrecht (43 K. O.), zumal er selbst noch zum Besitz berechtigt ist und die Herausgabe verweigern kann. Zahlt der S.-Schuldner seine Schuld an die Masse, dann fällt das Eigentum am S.-Objekt ohne Weiteres an ihn zurück, scheidet also aus der Masse aus.

c. **Bei Ablehnung der Erfüllung** seitens des K.-Verwalters des S.-Gläubigers entfallen nur die gegenseitigen Ansprüche auf Erfüllung des S.-Ü.-Vertrags, jedoch wird der Vertrag nicht rückwirkend aufgehoben usw. (vgl. 4 c). Der Anspruch des S.-Schuldners auf die vertragsmäßige Kreditierung seiner Schuld und auf Gebrauchsüberlassung am S.-Objekt bleibt unerfüllt. Die bisherige Kreditierung und Gebrauchsüberlassung mit dem damit vereinbarten S.-Eigentumsübergang wird nicht umgewandelt in eine andere rechtliche Beziehung usw. Mit dem Wegfall des Sicherungszweckes aber wandelt sich zufolge des gleichzeitig bei Vertragsabschluß vereinbarten Erfüllungs-Aufhebungszweckes das bisherige S.-Eigentum in ein Eigentum erfüllungshalber; durch den Wegfall des Gebrauchsüberlassungsrechtes hat der K.-Verwalter jetzt den Anspruch auf Herausgabe zu Gunsten der Masse, um die Verwertung des S.-Gegenstandes durchzuführen; die Masse soll nicht bereichert werden (59 Nr. 3), wie sie auch für den Verwertungsausfall gegenüber dem S.-Schuldner forderungsberechtigt bleibt. 59 Nr. 2 K. O. Wird ein Mehrerlös gegenüber seiner Schuld erzielt, so schuldet die Masse diesen an den S.-Schuldner. Fordert der Konkurs-Verwalter für die Masse die Passivdifferenz aus der größeren Schuld und dem Mindererlös des S.-Objektes, so kann der S.-Schuldner gegenüber dieser Differenzforderung mit seinem Schadensersatzanspruch wegen Erfüllungsablehnung nach 249 ff. aufrechnen, weil er die Wertdifferenz schon vor Eröffnung des Verfahrens erworben hat, den Schadensersatzanspruch aber erst na chder Konkurseröffnung 55 Nr. 2. K. O. Wegen der über seine Aufrechnung hinausgehenden Schadensersatzansprüche hat er eine Ausfallforderung gegenüber der Konkursmasse nach 61 ff. K. O.

6. Selbst für den Fall, daß über das Vermögen **beider** Parteien des S.-Ü.-Vertrags das Konkursverfahren eröffnet wird und daß der K.-Verwalter der einen Partei die Vertragserfüllung durch Ablehnung vereitelt, ist bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze im Gegensatz zum Ergebnis des derzeitigen Verfahrens (vgl. C 1) eine gewisse Rechtseinheitlichkeit für beide Parteien gesichert, indem die Zweckvereinbarung des S.-Ü.-Vertrags (Sicherung und Erfüllung) durch die Aussonderungskraft des bisherigen S.-Eigentums und durch die Verwertung des S.-Objektes erfüllungshalber gewahrt, die pflichtige Gegenleistung, die gesichert wurde, aber erfüllt wird.

### D. Im Verfahren nach der Vergleichsordnung.

Auch im gerichtlichen Verfahren zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung v. 5. 7. 27. R. G. Bl. 1927 S. 139 ff.) ist das Sicherungseigentum bisher nicht nach dem zu Grunde liegenden gegenseitigen Rechtsgeschäft des S.-Ü.-Vertrags, sondern wie im konkursrechtlichen Verfahren behandelt worden; dem S.-Gläubiger aber wurde im Konkurs des S.-Schuldner das Absonderungsrecht, dem S.-Schuldner im Konkurs des S.-Gläubiger das Aussonderungsrecht in Ansehung des S.-Objektes zugestanden. Vgl. R. G. Z. 24, 45; 91, 14, 91, 280 und Warn. 10, 38, dazu die Kommentare zur V. O. von Kiesow § 2 G. S. 218 und B. Mayer zu § 2 A. 95 S. 75.

Vor Erfüllung des Tatbestandes des S.-Ü.-Vertrages als eines gegenseitigen Vertrages ist jedoch nach V. O. 4, 28, 30 weder der S.-Gläubiger im Vergleichsverfahren des S.-Schuldners noch dieser in jenem des S.-Gläubigers beteiligt; jedoch könnte jeder Vertragsteil im Einzelfall mit Ermächtigung des Gerichts die weitere Erfüllung des Vertrags ablehnen, in welchem Falle der Vertragsgegner mit dem Schadensersatzanspruch am Vergleichsverfahren beteiligt wäre und vom Vergleich betroffen würde. Die Bestimmung in V. O. 4 stimmt mit jener in K. O. 17 überein. Dem Vergleichsschuldner darf die gerichtliche Ermächtigung zur Ablehnung der weiteren Vertragserfüllung nur aus besonderen Gründen erteilt werden. 28. 30. An-

sprüche des S.-Gläubigers wegen nicht völliger Befriedigung infolge Mindererlöses bei der Verwertung des S.-Objektes berechtigen zur Teilnahme im Vergleichsverfahren des S.-Schuldners und werden vom Vergleich betroffen; die gleiche Behandlung erfahren Ansprüche des S.-Schuldners wegen Mehrerlöses bei der Verwertung im Vergleichsverfahren des S.-Gläubigers. Für die Anmeldung der Ausfallforderung, des Mehrerlöses und des Schadensersatzes bei gerichtlicher Genehmigung der Erfüllungsablehnung gelten im Übrigen entsprechend die Grundsätze wie für die Ablehnung des K.-Verwalters. In der Vermögensübersicht des Vergleichsschuldners sind das Sicherungseigentum und die gesicherte Forderung aufzuführen. 18, 16 V. O.

### E. Im Verfahren der Versicherungsgesellschaften (Ges. über den Versicherungsvertrag — V. V. G. — vom 30. Mai 1908).

Wenn eine versicherte Sache während der Dauer des Versicherungsverhältnisses vom Versicherungsnehmer veräußert wird, so tritt nach V. V. G. 69 an Stelle des Veräußerers der Erwerber in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten des bisherigen Versicherungsnehmers ein. Voraussetzung ist jedoch, daß die Veräußerung der Versicherungsgesellschaft unverzüglich angezeigt wird (71. V. V. G.); geschieht dies weder vom Erwerber noch vom Veräußerer, so wird die Versicherungs-Gesellschaft von der Verpflichtung zur Leistung dann frei, wenn der Versicherungsfall später als ein Monat nach dem Zeitpunkt eintritt, in welchem die Anzeige der Versicherungs-Gesellschaft hätte zugehen müssen.

In der Rechtsprechung war lange bestritten, ob diese Bestimmung auch auf die Veräußerung des Sicherungsgegenstandes auf dem Wege der S.-Ü. Anwendung zu finden hat. Das R. G. hat dies in mehreren Entscheidungen (Bd. 73, S. 141 ff., Bd. 117 S. 270 ff.) mit Rücksicht darauf, daß durch die S.-Ü. volles Eigentum übertragen wird, bejaht. Daraus ergibt sich mit Rücksicht auf das (kausale) S.-Eigentum des S.-Gläubigers und auf den während der Schwebezeit der auflösenden Bedingung mangelnden (verzögerten) Gefahrübergang auf den S.-Gläubiger sowie schließlich aus der fiduziarischen Seite des S.-Ü.-Vertrags, daß der S.-Schuldner, der im unmittelbaren (Rechts-) Besitz usw. des S.-Objektes steht und am Ehesten vom Eintritt des Versicherugnsfalles Kenntnis erhält, letzteren unverzüglich zur Vermeidung des ihn im Innenverhältnis treffenden Schadens dem S.-Gläubiger mitteilen muß, so daß dieser wiederum fristgerecht nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen die Anzeige davon an die Versicherungs-Gesellschaft zu erstatten in der Lage ist. Es kann aber auch von Vornherein der Schuldner selbst unmittelbar bei der Versicherungs-Gesellschaft den Versicherungsfall anmelden unter Hinweis auf den bestehenden S.-Ü.-Vertrag und gleichzeitig hievon dem S.-Gläubiger Kenntnis geben wegen der Rechte des letzteren auf Auszahlung der Versicherungs-Summe unter Anrechnung auf die Forderungsschuld und auf eine allenfalls — (nämlich dann, wenn damit die volle Forderung des S.-Gläubigers nicht gedeckt ist) — sofortige Zahlung der wegen Wegfalls der Sicherung (Sicherungszweck) fällig gewordenen Restschuld oder schließlich wegen des Rechtes des S.-Gläubigers auf eine neue, d. h. Ersatz-S.-Ü. einer anderen Sache, die aber den Wert der Restschuld erreichen muß. (Vgl. § 13 A II 10 e.)

## § 18. Die der Sicherungsübereignung ähnlichen Rechtsgeschäfte: Sicherungskauf, Eigentumsvorbehalt und Mobiliarpfand.

So wie die Sich.-Übereignung dienen dem gleichen Zweck der Sicherung des Gläubigers für seine Kreditgewährung die Rechtsinstitute des Sicherungskaufs, des Eigentumsvorbehalts und der Mobiliarverpfändung; sie weichen nur in Ansehung der Leistungen von der S.-Ü. ab. Es kann sich hier lediglich um die Wiedergabe ihrer Grundzüge handeln.

### I. Der Sicherungskauf.

In der Regel spricht man von einem S.-Kauf dann, wenn der Schuldner zur Sicherung der Forderung seines Gläubigers diesem bestimmte bewegliche Sachen unter Aufrechnung des Kaufpreises — 389 — gegenüber der Schuld und mit der Bedingung des Rückkaufsrechtes zum gleichen Preise verkauft. Die Übergabe der Gegenstände wird dabei durch die Vereinbarung eines Besitzmittlerrechtsverhältnisses nach 868, 930 ersetzt, um dem Verkäufer den (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Gebrauch daran zu überlassen.

2. Der im Wesentlichen jenem bei der S.-Ü. gleiche Wege der Güterbewegung zum Zweck der Abwickelung des ursprünglichen Schuldverhältnisses wird beim

S.-Kauf meist deshalb gewählt, weil der Gläubiger nicht mehr länger Stundung gewähren oder angesichts seiner Forderung eine anderweitige Beschaffung solcher Gegenstände mit eigenen, neuen Mitteln vermeiden will, während der Schuldner vorzieht, zunächst und für längere Zeit von seiner Schuld und der Zinszahlung frei zu werden und lieber die Gebrauchsüberlassung zu vergüten bis er die Mittel dazu gewonnen hat, den Gegenstand zum gleichen Preise, in Höhe der ursprünglichen Schuld zurückzugewinnen.

3. Die Rechtsordnung kennt begrifflich keinen „Rückkauf", sondern nur den Wiederkauf 497. Die Bezeichnung Rückkauf mag daher kommen, daß beim S.-Kauf (dem ersten Abwickelungsgeschäft) an sich das (gesetzliche) Rücktrittsrecht mangels der Voraussetzungen nach 323 II, 326, 454 ausgeschlossen wäre, weil der Kaufpreis beim S.-Kauf nicht gestundet, sondern Zug um Zug aufgerechnet wird, so daß die Kontrahenten mit einer vertraglichen Leistung des Haupt- (Kauf-) Vertrags nicht in Verzug geraten können, ein Verzug vielmehr erst mit den zunächst ausscheidenden, ausschließlich das Innenverhältnis berührenden bedingten Leistungen des „Rückkaufs" in Frage kommt. Der jetzt zur Sicherung des Gläubigers aus dem bestehenden Schuldverhältnis abgeschlossene Sicherungskauf aber soll (in der Laiensprache) „zurückgehen", sei es, daß man mit dem, durch die Zweckvereinbarung erweiterten Inhalt des Rechtsgeschäfts eine Ausdehnung des Rücktrittrechts oder einen Wiederverkauf vereinbaren wollte, wobei eine Verrechnung der Wert-Minderung oder -Erhöhung — 497 II, 498 ff. — ausgeschlossen sein soll.

4. Der Sicherungszweck beherrscht von Anfang an bis zur allenfallsigen, bedingten weiteren Abwickelung im Rück- oder Wiederkauf die ganze Güterbewegung des S.-Kaufs: auf die von den Parteien gewählte Form und Bezeichnung kommt es nicht an, wohl aber darauf, daß die einzelnen Rechtsgeschäfte ernstlich gewollt sind, vgl. § 15 II, 1. Der (ursprüngliche) Anspruch des Gläubigers wird gesichert durch eine vorerst auflösend bedingte Ersatzerfüllung 364 II (Austausch- und Erfüllungszweck neben dem S.-Zweck). Die gleiche Leistung dient dem weiteren Zweck des Rückkaufs zum gleichen Preise in Höhe der alten Schuld (an sich Austauschzweck) dann, wenn an Stelle der bisherigen Ersatzerfüllung durch Zahlung des Rückkaufs- und Schuldbetrags das zu Grunde liegende, ursprüngliche Schuldverhältnis endgültig erlischt. (Erfüllungs- Aufhebungszweck.) Das zunächst für die Abwickelung begründete Schuldverhältnis (sein Zustandekommen, Fortbestand, 812 I) wird zugleich von der Erreichung des weiteren (Austausch-) Zweckes abhängig gemacht.

5. Die Überprüfung des Einzelfalles kann im S.-Kaufvertrag eine S.-Übereignung und umgekehrt erblicken; die rechtlichen Wirkungen sind im Wesentlichen die Gleichen. Auch wird — zumal beim „S.-Kauf" von Gegenständen, die zu einem Sachinbegriff (Geschäftszimmereinrichtung, Warenlager usw.) gehören — eine Umdeutung des Rechtsgeschäfts in eine Vermögensübernahme mit dem gesetzlichen Schuldbeitritt des Gläubigers und jetzigen Käufers nach 419 nicht ausgeschlossen sein (vgl. § 16 II). Dagegen wird die grundsätzliche Vermengung von S.-Ü. und S.-Kauf deshalb, weil beim S.-Kauf „die Funktionen des Kaufs, der Umsatz von Ware gegen Geld bewußt ausgeschaltet und an ihre Stelle andere, nämlich Sicherungswirkungen gesetzt seien" (so Weinhausen a. a. O. S. 53) im Hinblick auf den beim S.-Kauf mitunterlaufenden Austauschzweck (siehe oben Ziff. 4) nicht angängig sein.

## II. Der Eigentumsvorbehalt.

1. Ein **gesetzlicher** Eigentumsvorbehalt für den Verkäufer, daß nämlich zufolge Bestimmung der Rechtsordnung Eigentum nur übergeht, wenn der Kaufpreis bar bezahlt oder wenigstens gestundet wurde (vgl. bay. Landrecht, Teil IV cap. 3 § 10 Ziff. 3 und Mot. z. B. G. B. III 3336), besteht nicht mehr; seine Wiedereinführung fällt unter die Reformvorschläge zur Vermeidung der Auswüchse im Gebrauch des Rechtsinstituts, vgl. § 4. Die Ware gilt vielmehr als unbedingt übereignet, gleichviel ob sie bar bezahlt oder stillschweigend kredidiert wurde. Der Verkäufer kann sich jedoch durch die ausdrückliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes — 455 (pactum reservati domini) helfen mit der Wirkung, daß er bei Zahlungsverzug des Käufers vom Vertrag zurücktreten darf. Für diesen Rücktritt als Verwirkungsklausel gelten die Vorschriften in 357, 358, ergänzt durch die weiteren Bestimmungen in 360, 361, 455, 636, besonders auch 636 II, 554 II. Den Eigentumsvorbehalt liegt für die Abwickelung des Schuldverhältnisses der Aufhebungszweck zu Grunde (vgl. Kreß a. a. O. § 10, 3 S. 167 ff.).

2. Die nachträgliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts an einer schon übereigneten, aber noch nicht bezahlten Sache ist unwirksam. Um an einer schon übereigneten Sache den Eigentumsvorbehalt begründen zu können, müßte der Käufer das Eigentum wieder ausdrücklich auf den Verkäufer zurückübertragen und bei der

nochmaligen Verkaufsübergabe den Eigentumsvorbehalt treffen (R. G. 54, 396; Seuff. Arch. 67 Nr. 108). Der kürzere Weg des Gläubigers (Verkäufers) ist in einem solchen Fall der Abschluß eines S.-Ü.-Vertrags.

3. Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung geht mit der Realübergabe auf den Schuldner über 466. Der Käufer bleibt Schuldner; Fall des sogen. verfrühten Gefahrübergangs (Kreß § 19 S. 411).

4. Auch Sachinbegriffe können unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden. Hierüber sowie über den Eigentumsvorbehalt an Gegenständen, die wesentliche Bestandteile eines Grundstücks werden können, gilt das gleiche wie bei der S.-Ü. solcher Gegenstände (vgl. § 16 IV). Wegen der S.-Ü. von Waren usw., die unter Eigentumsvorbehalt geliefert waren, vgl. § 15 II 4.

5. Kraft Gesetz geht der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen dann unter, wenn diese neu verarbeitet werden. 950. Dieser Rechtswirkung kann jedoch durch besondere Abrede vorgebeugt werden. (R. O. L. G. 26, 60); Der weitere Zweck wird auch hier zum „Inhalt des Rechtsgeschäfts", zum „rechtlichen Grund". 812 I.

6. Von der S.-Ü. — desgleichen vom S.-Kauf und Mobiliarpfand — unterscheidet sich der Eigentumsvorbehalt wesentlich dadurch, daß die erstgenannten Güterbewegungen sich auf Gegenstände beziehen, die sich im Vermögen des Schuldners befinden, während der Eigentumsvorbehalt sich auf die Sicherung der auf Kredit übergebenen Sachen erstreckt, die im Vermögen des Gläubigers (Verkäufers) geblieben sind. Beiden Rechtsinstituten ist die Gebrauchsüberlassung an den Schuldner gemeinsam.

7. Die Anwendung des Eigentumsvorbehalts steht dem Umfange nach nicht hinter jener der S.-Ü. zurück; sie übertrifft sie eher. Deshalb haben seit den Wirtschaftskrisen und aus den gleichen allgemeinwirtschaftlichen Gründen der Kreditsicherung sowohl Einzellieferer als auch Liefervereinigungen der Industrie, des Handels und — weniger häufig — des Gewerbes in ihre allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen den Eigentumsvorbehalt aufgenommen. Die Rechtsprechung hat dieser Tatsache insofern Rechnung getragen, als sie beim Erwerb von Waren, die in der Regel unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden, dem Käufer die eingehende Erkundigung über das Vorhandensein des verneinten Eigentumsvorbehalts zur Vermeidung von Rechtsnachteilen zur Pflicht macht. (R. G. Z. in J. W. 1929 S. 582).

### III. Das Mobiliarpfand.

Das Mobiliarpfand oder Faustpfand dient wie die S.-Ü. zur Sicherung von Forderungen, auch von künftigen und bedingten. 1204 ff. Es unterscheidet sich vom S.-Eigentum nach Leistung und Inhalt hauptsächlich in folgenden Punkten:

1. Der Schuldner bleibt Eigentümer der Sache, ist jedoch in der Verfügung über die Pfandsache durch das dingliche Recht des Pfandgläubigers beschränkt.

2. Ersatz der Übergabe des S.-Gegenstandes an den Pfandgläubiger sowie die Gebrauchsbelassung beim Schuldner unter Vereinbarung eines Besitzmittlerverhältnisses sind nicht gestattet. 1205.

3. Die Vereinbarung der Verfallklausel vor Eintritt der Fälligkeit der Schuld ist nichtig. 1229.

4. Die Bestellung des Faustpfandes wird durch die Übergabe der Pfandsache an den Pfandgläubiger augenscheinlich und bleibt dies für die Dauer des Sicherungsrechtes. (Publizität des Mobiliarpfandes.)

Die Nachteile (Ziff. 1 und 2) zeigen sich besonders darin, daß das S.-Objekt aus der Gebrauchsnutzung des Schuldners ausscheidet. Dies wird vom Schuldner besonders nachteilig dann empfunden, wenn die Gegenstände für seinen Geschäfts- usw. Betrieb nur schwer und unter wirtschaftlichen Einbußen und Einschränkungen entbehrlich sind. Dieser Nachteil hat besonders zur Einbürgerung der S.-Ü. mit beigetragen und zwar nicht so sehr — wie ihre Bekämpfer vorbringen — in fraudem legis als vielmehr in usum legis d. h. um alle rechtlichen Möglichkeiten zur Kredit-Erlangung und -Sicherung auszunützen. Ferner ist die Verpfändung von größeren und wertvolleren Gegenständen (darunter auch Sachinbegriffe) vielfach dadurch erschwert oder unmöglich gemacht, daß ihr Transport zum Verwahr des Pfandgläubigers oder in die von diesem zu ermietenden Räume unverhältnismäßig kostspielig, umständlich und zeitraubend ist.

Der Schutz nach Ziff. 3 ist weiter ausgedehnt als jener, der dem S.-Ü.-Vertrag auf Grund der Bestimmungen über die weitere Verfügung auflösend bedingter Rechte und deren Beeinträchtigung in 160. 161. 162 gegeben ist. Der Hauptvorteil des Faustpfandes gegenüber der S.-Ü. beruht aber in seiner Publizität (Ziff. 4). Das Recht des Pfandgläubigers tritt nach außen deutlich in die Erscheinung; es wirkt gegen alle und weil es gegen alle wirkt, muß es für alle erkennbar sein. R. G. Z.

77, 208. Durch diese Publizität mindert sich für gutgläubige Dritte die Gefahr, eine Sache zu erwerben, woran fremde Rechte bestehen, die den Wert der Sache beeinträchtigen oder gar ihn aufheben. Andererseits gibt die Publizität dem Berechtigten (Pfandgläubiger) eher die Möglichkeit, fremden Einwirkungen auf seinen Sach- und Rechts-Besitz zu begegnen.

## Fünftes Kapitel.

### Sicherungsabtretung von Forderungen; Diskontierung von Buchforderungen; Sicherungsnießbrauch.

### § 19. Die Sicherungsabtretung.

A. Die S.-Abtretung (cessio in securitatem) ist wie die S.-Ü. ein Abwicklungsgeschäft und als solches keine selbständige Güterbewegung, sondern die Fortsetzung, Ergänzung jener des zu Grunde liegenden Forderungsschuldverhältnisses; denn auch sie dient zur Sicherung und Erfüllung einer Gläubigerforderung. Der Unterschied besteht in der Art der Leistung, weil das Sicherungsmittel, den Sicherungsgegenstand nicht wie bei der S.-Ü. die auflösend bedingte Eigentumsübertragung an einer (körperlichen) Sache, sondern die auflösend bedingte Abtretung einer Forderung bildet. Sie liegt also im Regelfall dann vor, wenn der S.-Schuldner (S.-Zedent) zur Sicherung der Forderung des S.-Gläubigers (S.-Zessionars) diesem eine Forderung, die ihm selbst (dem S.-Zedenten) einem Dritten – dem Drittschuldner — gegenüber zusteht, unter der Bedingung überträgt, daß die Abtretung erfüllungshalber zu gelten hat, wenn der S.-Zedent nicht rechtzeitig seine kredidierte Schuld tilgt, daß dagegen bei rechtzeitiger Zahlung die abgetretene Forderung an ihn zurückfallen soll. Die Gegenleistung des S.-Zedenten für die Kreditierung ist eine einzige, einheitliche; sie dient — auflösend bedingt — in der gleichen facultas alternativa dem Abwickelungs-Sicherungszweck und dem Abwickelungs-Erfüllungs-Aufhebungs-Zweck. Beide Zwecke sind gemischt. (Vgl. § 2 V 2.)

B. Auf das Rechtsgeschäft der S.-Abtretung finden grundsätzlich die Bestimmungen über die Abtretung von Forderungen nach 398–413 B. G. B. Anwendung; dies macht sie aber nicht zu einem typischen Rechtsgeschäft und das durch sie begründete Schuldverhältnis wird dadurch nicht zu einem typischen; denn die vereinbarte Art der Sicherheitsleistung weicht von den gesetzlichen und den vertraglich üblichen Sicherheitsleistungen nach 232 ff. ab; insbesondere ist auch nicht der Weg der Verpfändung von Forderungen nach 1274 ff. oder der Bürgschaft nach 765 ff. gewählt. Auch die für sie gleichermaßen typische Rechtsfolge, wie sie im allgemeinen Teil des B. G. B. durch 222 II, 223 II für alle Rechtsübertragungen zur Sicherung eines Anspruchs gegeben ist, kann an der Sonderart der S.-Abtretung nichts ändern. Ihre Zweckvereinbarung ist nach dem Grundsatz der allgemeinen Vertragsfreiheit (vgl. § 2 II) zulässig. Sie selbst aber begründet wegen der Art der Sicherheitsleistung, wegen der Vereinbarung, der Mischung des Abwickelungs-Sicherungszweckes mit dem Erfüllungs-Aufhebungszweck ein **atypisches Schuldverhältnis.**

C. Durch den Abschluß des S.-Abtretungsvertrages unter einer auflösenden Bedingung genießen die Parteien wie jene der S.-Ü. für die Schwebezeit der Bedingung auch den Schutz der Bestimmungen in 160 II, 161 und 163, der von ihnen selbst die vertraglichen Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben erfordert (162), und die Leistungen des im Sinne des 407 I gutgläubigen Drittschuldners berücksichtigt. 161. III. Im Besonderen gehört über den Begriff der körperlichen Sache hinaus die sicherungshalber abgetretene Forderung zu den Vermögensrechten und bildet einen „Gegenstand", über den jede weitere Verfügung während der Schwebezeit der Bedingung nach 161 mit dinglicher Kraft unwirksam werden kann. Zu solchen Verfügungen über die abgetretene S.-Forderung zählen alle Rechtsgeschäfte, die unmittelbar ihre Übertragung, Aufhebung oder Belastung zum Inhalt haben, also ihre Weiterübertragung, ihre Aufrechnung (außerhalb der Parteien des S.-Abtretungsvertrags) und ihre Verpfändung ohne Willen der Gegenpartei. (Vgl. Heilfron S. 269, A. 2, S. 511 A. 6.) Jedenfalls enthält die S.-Abtretung mit ihrer auflösenden Bedingung implicite die Vereinbarung der Parteien, daß die weitere Abtretung der Forderung während der Schwebezeit der Bedingung ausgeschlossen sein soll. 399.

Aus diesen Grundzügen ergibt sich in der Hauptsache die sogen. fiduziarische Seite dieses Rechtsgeschäfts.

D. Die S.-Abtretung ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag, wohl aber **kein** gegenseitiger, synallagmatischer. Zwar sind die Parteien nicht nur zu den Leistungen des zugrunde liegenden Schuldvertrags — aus der Schuld und ihrer Kreditierung —, sondern auch während der Schwebezeit der Bedingung (vgl. unter C) zur Unter-

lassung von Verfügungen über die sicherungshalber abgetretene bezw. erworbene Forderung mit dinglicher Wirksamkeit — auch gegenüber Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung und gegenüber Maßnahmen des Konkursverwalters — verpflichtet; aber diese Verpflichtung ist keine selbständige, der besonderen rechtlichen Behandlung zugängliche Nebenwillenserklärung, sondern der Ausfluß der einheitlichen, besonders gearteten Vereinbarung (Heilfron S. 504, Ziff. 3 und Anm. 13); es tritt weiterhin hier nicht ein Güteraustausch (Austauschzweck) mit den gegenseitigen Verpflichtungen und Leistungen hinzu, wie sie z. B. bei der S.-Ü. durch das Besitzmittlerrechtsverhältnis und die Umsetzung des S.-Objektes in seinem Geldwert erforderlich werden. Vielmehr wird man die S.-Abtretung von Forderungen ansehen müssen als einen **unvollkommen zweiseitigen (atypischen) Vertrag** mit besonderen Nebenverpflichtungen, die der Zweckerreichung des einheitlichen Rechtsgeschäfts behilflich sein sollen.

E. In Anlehnung an die, jenen der S.-Ü. entsprechenden, besonders hinsichtlich ihrer Zweckvereinbarung und ihres gleichfalls auflösend bedingten Abschlusses ähnlichen Rechtswirkungen sowie unter Beachtung der Bestimmungen in 398—413 B. G. B. sind folgende besondere Einzelheiten aufzuführen:

I. **Gegenstand** der S.-Abtretung (S.-Zession) ist eine Forderung, die von ihrem Gläubiger (dem S.-Zedenten) durch Vertrag mit einem anderen (dem S.-Zessionar, S.-Gläubiger) auf diesen übertragen wird. 398. Die Parteien müssen sich über die Auswechslung des Gläubigers einigen und die abzutretende Forderung bestimmt bezeichnen. R. G. Z. 90, 249; 92, 239; 98, 202. Auch bedingte, befristete, betagte Forderungen können abgetreten werden; auch künftige Forderungen, die dann sofort mit ihrer Entstehung auf den neuen Gläubiger übergehen. R. G. Z. 55, 334; 58, 72; 67, 166; 75, 225; 98. 320. Zulässig ist auch die Abtretung eines rechtsanhängigen Anspruches; auf denProzeß hat sie keinen Einfluß. Z. P. O. 265; wohl aber tritt die materiellrechtliche Wirkung der Abtretung ein; der Beklagte ist deshalb auf Leistung an den Zessionar zu verurteilen. (R. G. Z. 56, 307, vgl. Kreß S. 505). Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen den Zessionar. Z. P. O. 325 I.

Auch ein Teil der teilbaren Forderung (z. B. einer Geldforderung) kann abgetreten werden. R. G. Z. 64, 122.

II. Die S.-Abtretung ist — ernstlich gewollt — rechtswirksam; sie ist so wenig wie die S.-Ü. ein **Scheingeschäft.**

Die Sicherung der gemischten Zweckerreichung in der alternativen Form bildet den Ausgangspunkt für alle vertraglichen Leistungen, Rechte und Pflichten. Sie ist nach dem Willen der Parteien als Bedingung gesetzt, **kausal** für die Abtretung, wie diese es ist für die Kreditierung und für die Einziehung. Die zur Einziehung abgetretene Forderung kann zwar an den S.-Zedenten zurückfallen, wenn dieser die Ermächtigung zur Einziehung einseitig widerruft. Die Nichterreichung des Sicherungs- und des Aufhebungs-Einziehungszweckes ist aber damit festgestellt und die der S.-Abtretung gesetzte auflösende Bedingung damit ausgefallen, die Forderung des S.-Zessionars sofort fällig geworden. Andererseits fällt bei Zahlung der Zedentenschuld spätestens im Fälligkeitstermin die abgetretene Forderung ipso jure an den Zedenten zurück („resoluto jure dantis resolvitur jus concessum"); der frühere Rechtszustand tritt wieder ein. 158 II.

Die Forderungsabtretung ist nichtig, wenn der zu sichernde Anspruch nicht besteht. Angesichts der Zweckvereinbarung kann nicht davon die Rede sein, daß die S.-Abtretung abstrakt gemeint ist; vielmehr bleibt auch hier der Zweck die Seele des ganzen Rechtsgeschäfts. Daraus ergibt sich die Kausalität zwischen Sicherungsleistung durch Abtretung eines bestehenden Forderungsrechtes (jus concessum) einerseits und der Kreditierung einer bestehenden Forderung des S.-Gläubigers andererseits. Die Existenz der abgetretenen wie jene der zu sichernden Forderung ist essentiale negotii securitatis.

Wiederum entspricht es der Zweck-Vereinbarung und -Erreichung, daß während der Schwebezeit der Bedingung bei Strafe der Nichtigkeit des neuen Geschäfts die sicherungshalber abgetretene Forderung nicht weiter cediert, nicht verpfändet, nicht zur Aufrechnung außerhalb der Parteien des S.-Abtretungsvertrags verwendet wird, es sei denn im Einvernehmen mit der Gegenpartei (vgl. aber später unter III 2 a — Inkassomandat!). Zum gleichen Ergebnis kommt man durch die Folgerung a minori ad maius nach 399. Denn wenn schon durch Vereinbarung eine allgemeine (auch abstrakte) Weiterabtretung ausgeschlossen werden kann, so ist dieser Ausschluß von Vornherein dort anzunehmen, wo die abgetretene Forderung vereinbarungsgemäß der Sicherung und Erfüllung für die Forderung des S.-Gläubigers dienen soll. Das rein obligatorische Veräußerungsrecht (z. B. für die Zeit nach Eintritt oder Ausfall der Bedingung) kann nicht nach Außen beschränkt werden, 137; doch könnte auch dieses zu Schadensersatzansprüchen im Innenverhältnis und ge-

genüber dem schuldhaften Dritten nach 160 und gegebenenfalls zur Fiktion nach 162 führen.

III. Die Abtretung bedarf keiner besonderen Form; es genügt die mündliche Vereinbarung. Der S.-Zessionar kann jedoch vom S.-Zedenten die Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die erfolgte Abtretung verlangen. 403. Besondere Vorschriften gelten aber für die Abtretung der in bestimmten Wertpapieren (Inhaberschuldverschreibungen, Wechseln, Schecks) beurkundeten Forderungen (R. G. Z. 88, 292) und für die Abtretung von Hypothekenforderungen. 154. Dagegen untersteht wieder der formlosen Regel des 398 die Abtretung von Forderungen, über die ein Legitimationspapier ausgestellt ist, 808, sowie nach 1159, 1190 IV für die Abtretung von rückständigen Zinsen und anderen Nebenleistungen aus **Hypothekenforderungen** und einer durch **Höchstbetragshypothek** gesicherten Forderung.

1. Die Abtretung kann **der Leistung (Forderung) nach** unwirksam sein:

a. „Wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann" (399), z. B. Ansprüche auf Unterhalt, auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. 1090, 1091 usw. (Andere Beispiele: vgl. Kreß S. 502 f., insbesondere die Fälle in Note 14.)

b. Wenn die Leistung besondere tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse beim Gläubiger voraussetzt, so z. B. die Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder eines anderen dinglichen Rechts, das zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt ist (1018, 1094 II, 1105 II), weil dies das Eigentum des Zessionars am herrschenden Grundstück voraussetzen würde. Werden diese Hinderungsgründe behoben — z. B., wenn dem Zessionar das Eigentum am herrschenden Grundstück übertragen wird —, so können auch solche Forderungen sicherungshalber abgetreten werden.

c. Wenn die Forderung nicht pfändbar ist (400) oder wenn ihre Abtretung aus besonderen Gründen ausgeschlossen oder beschränkt ist. Vgl. 717, 847, 1300, 1427, 1585, 1623 B. G. B. und Art. 81 E G. g. B. G. B.

2. Die Unwirksamkeit der S.-Abtretung kann sich **aus dem Vertrage** selbst ergeben:

a. Wenn der Gläubigerauswechsel **nicht ernstlich gemeint** war. Dies wird bei der einfachen Zession dann angenommen, wenn bei der Vereinbarung dem Zessionar die Benachrichtigung des Schuldners, somit die Einziehung der Forderung untersagt wird. R. G. Z. 92, 107. Es fehlt hier am rechtlichen Grund wegen Ausfalls des Abwickelungs-Erfüllungszweckes. Doch wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob nicht in oder mit dem Untersagen der Einziehung ein Inkassomandat (siehe später) für den Zedenten gemeint, vereinbart und damit der weitere Zweck zum „Inhalt des Rechtsgeschäfts" — 812, 128 — geworden ist. (Vgl. hiezu Kreß S. 519 unter C.) Bei der Sicherungsabtretung jedenfalls kann hieraus der Mangel des ernstlichen Willens nicht ohne Weiteres geschlossen werden. Bei ihr handelt es sich um eine auflösend bedingte Zession, die zunächst für die Schwebezeit der Bedingung sicherungshalber und erst beim Leistungsverzug des S.-Zedenten erfüllungshalber wirken soll. Bis dahin kann jenes Verbot den S.-Zessionar an der Ausübung eines Rechts, einer Befugnis — 137 — gar nicht finden, verstößt noch nicht gegen die Zweckvereinbarung. Der S.-Zessionar kann sich beim Vertragsabschluß auch mit der durch die Untersagung der Einziehung bezw. der Benachrichtigung des Drittschuldners für die Schwebezeit der Bedingung möglichen geringeren **Sicherung** zufrieden geben wollen. — Jedenfalls wird beim Ausfall der Bedingung die S.-Abtretung **erfüllungshalber** wirksam; es kann von diesem Zeitpunkt an — auch nicht im Innenverhältnis der Parteien — der S.-Zedent den S.-Zessionar nicht mehr — ohne schuldhaft schadensersatzpflichtig zu werden oder zur Anwendung der Fiktion nach 162 zu führen — an der vollen Ausübung seiner Gläubigerrechte hindern. Wohl aber kann in seiner Eigenschaft als Gläubiger (de jure) des Drittschuldners der S.-Zessionar — schon im Hinblick auf 137 — den S.-Zedenten im Wege des **Inkassomandats** ermächtigen — es bedarf dazu keiner Vollmacht, keines besonderen Vertragsverhältnisses (vgl. Kreß § 20. 3 f. S. 458) — die Forderung in seiner Eigenschaft als (Erst-) Gläubiger an seiner, des S.-Zessionars Stelle selbst einzuziehen. Für diese Erklärung genügt es, daß sie nur dem S.-Zedenten gegenüber erfolgt. 182. Dadurch wird der S.-Zedent nicht selbst wieder Zessionar in Ansehung der an den S.-Zessionar erfolgten cessio in securitatem; er erwirkt als Inkassomandatar nicht das Forderungsrecht und darf insbesondere während der Schwebezeit der Bedingung **nicht** weiter über die abgetretene Forderung **verfügen;** solche Verfügungen wären — wie mehrfach erwähnt — ohne Vereinbarung mit dem S.-Zessioner unwirksam. auch gegenüber nicht gutgläubigen Dritterwerbern; sie hätten die Rechtsfolgen nach 160, 161 und 162.

Dagegen könnte der S.-Zedent mit Wirkung für den S.-Zessionar (Inkassomandenten) dem Drittschuldner **kündigen,** soweit sich das Kündigungsrecht lediglich auf die Forderung und nicht auf das sie begründende Schuldverhältnis bezieht, weil letzteres gegen seine Erfüllungspflicht verstoßen würde; auch könnte er den Drittschuldner durch **Mahnung** in Verzug setzen. Der S.-Zessionar (Inkassomandant) kann dann bei Wegfall der auflösenden Bedingung oder — wenn vor Eintritt derselben an den Drittschuldner Mitteilung von der S.-Abtretung ergangen ist — von diesem Zeitpunkt an die Rechte aus dem Verzug des Drittschuldners geltend machen. 286, 326 I. Ebenso wird durch das Angebot der Leistung seitens des Drittschuldners an den Inkassomandatar der S.-Zessionar in **Annahme-Verzug** gesetzt. Das Forderungsrecht aus der S.-Abtretung bleibt dem S.-Zessionar; seine Verfügungen hierüber (Einziehung, Erlaß, Aufrechnung, Kündigung usw.) sind — soweit sie nicht eine Vereitelung oder Beeinträchtigung der Rechte des Inkassomandanten nach 160, 161, 162 bedeuten — für letzteren wirksam. Der Drittschuldner könnte — falls er vom Inkassomandat Kenntnis erhält — eine Forderung gegen den Inkassomandanten mit Wirkung gegen den Inkassomandanten **aufrechnen,** gleichviel ob er die Forderung vor oder nach Erteilung der Ermächtigung erworben hat, entgegen 406 auch dann, wenn er beim Erwerb seiner Forderung vom Inkassomandat Kenntnis hatte. (Vgl. Kreß § 21 D a, b, c und die dortigen Anführungen.)

Gegen die Zulässigkeit des Inkassomandats sprechen auch nicht Gründe, die solche „Heimlichkeit" gleichwie die S.-Ü. mangels ihrer Publizität von Vornherein im Schrifttum wie im Wirtschaftsleben suspekt gemacht haben. Gerade die Wahrung von Treu und Glauben, die Rücksicht auf jede ordnungsmäßige Erfüllung seitens des S.-Zedenten mag hiefür sprechen. Denn in die Wahrnehmung der beiderseitigen, sogen. fiduziarischen Interessen fällt es vielfach — so besonders bei der Diskontierung von Buchforderungen, vgl. § 20 —, daß beide Parteien vorziehen, die S.-Abtretung nicht bekannt zu geben: der S.-Zedent mit Rücksicht auf seinen Schuldner (zur Vermeidung falscher Schlüsse über dessen tatsächliche Kreditfähigkeit usw.) oder aus eigenen Gründen (um weitere Lieferaufträge usw. seines Schuldners zu erhalten) und der S.-Zessionar aus den gleichen Gründen gegenüber dem S.-Zedenten wie gegenüber dem Drittschuldner. Kredit ist ein wichtiges Wirtschaftsgut und ein Rechtsgut. 824. S.-Zedent wie S.-Zessionar rechnen — darum ist die S.-Abtretung auflösend bedingt — mit der Schuldtilgung im Fälligkeitstermin. Es schadet auch in der Regel wirtschaftlich und rechtlich nicht — nicht dem Sicherungs- und nicht dem Erfüllungszweck — wenn mit Wissen und Willen des S.-Zessionars in dem einen oder anderen begründeten Fall der S.-Zedant die zur Sicherung abgetretene Forderung selbst einzieht, durch Aufrechnung einer anderen Schuld verwertet und gleichzeitig dem S.-Zessionar eine andere, bestimmte Forderung erfüllungshalber zur Sicherung abtritt. (Ein Analogen bietet der wechselnde Warenbestand eines sicherungsübereigneten Warenlagers). Denn grundsätzlich kann der Schuldner dem Gläubiger jeden Gegenstand erfüllungshalber leisten, zumal wenn diese Leistung erfüllungshalber so gemeint ist, daß die Geltendmachung des Anspruches gegen den Schuldner dadurch nicht behindert sein soll. (Vgl. Kreß § 20, 4 S. 460 f.) Voraussetzung ist auch hier jeweils die genaue Individualisierung des Forderungswechsels (vgl. unter C) und das Einvernehmen mit der Gegenpartei.

b. Nichtig ist eine S.-Abtretung, die sich „auf sämtliche künftige Forderungen" des S.-Zedenten erstrecken soll, weil damit der Vorschrift des 310 B. G. B. zuwider gehandelt wird. Wenn künftige Forderungen ohne nähere Angabe der einzelnen Forderung abgetreten werden sollen, so müssen diese doch bestimmbar sein. z. B. Forderungen, die einen bestimmten Geschäftszweig des S.-Schuldners entspringen oder einem bestimmten Drittschuldner gegenüber zustehen. R. G. Z. v. 7. 5. 14. in J. W. 1914, 830.

C. Überhaupt müssen zur Vermeidung der Nichtigkeit der S.-Abtretung die abzutretenden Forderungen (Leistungen) genügend individualisiert oder unterscheidbar gemacht und muß dies äußerlich in Erscheinung gebracht werden. Deshalb genügt nicht zur Individualisierung bei Abtretung von „Geschäftsaußenständen" die bloße Bezugnahme auf die Geschäftsbücher" des Zedenten (R. G. Z. v. 9. 12. 15 in Warn. 1916 S. 71); nicht die Abtretung „jeweils vorhandenen Außenstände" (Bankarchiv XXVI, 435), es sei denn, daß diese in ein besonderes Buch eingetragen sind. Bei Abtretung erst in Zukunft zur Entstehung gelangender, zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht vorhandener Außenstände sind letztere hinreichend deutlich bezeichnet, wenn sie nur bis zum jeweiligen Betrag der dem Zedenten gewährten und zu gewährenden, in ihrer Höhe ständig wechselnden Vorschüsse als abgetreten gelten sollen. R. G. Z. 22. 2. 18 Bd. 92, 238.

d. Nichtig sind S.-Abtretungen, die gegen ein gesetzliches Verbot, das in bürgerlichrechtlichen — z. B. 1153 II — oder öffentlichrechtlichen Bestimmungen ent-

halten und so gemeint ist, daß das verbotene Rechtsgeschäft nichtig sein soll (— vgl. Kreß § 8, 2 S. 126 ff.) oder gegen die guten Sitten verstößt. 134. 138. Hierher darf auf das bei der S.-Ü. Gesagte Bezug genommen werden (vgl. § 15 II 3).

IV. An Rechtswirkungen des S.-Abtretungsvertrags sind ferner zu erwähnen:

1. Befriedigt der S.-Zedent den S.-Zessionar vertragsgemäß, so fällt die abgetretene Forderung an ihn zurück; der frühere Rechtszustand tritt wieder ein. 158 II. vgl. § 14 B, 2.

2. Bei Ausfall der Bedingung ist der S.-Zessionar sofort an Stelle des S.-Zedenten nach Maßgabe von dessen Befugnissen (z. B. wenn die abgetretene Forderung noch nicht fällig ist, erst mit der Fälligkeit) zur Einziehung erfüllungshalber berechtigt. Wegen des Differenzbetrages vgl. Ziff. 9 und 10.

3. Bei der Einziehung kann der Drittschuldner dem S.-Zessionar gegenüber einwenden, daß die Forderung des S.-Zessionars zur Zeit der S.-Abtretung nicht bestanden hat (also die Nichtigkeit der S.-Abtretung). Auch kann er die vor der S.-Abtretung etwa nach 326 begründete Aufhebung und die in jenem Zeitpunkt begründeten Einreden (404), geltend machen, ferner ein dem S.-Zedenten gegenüber begründetes Zurückbehaltungsrecht (273, 274), die Einrede des nicht erfüllten Vertrages — aus einer gegenseitigen Forderung — bis zur Erfüllung durch den S.-Zedenten oder den S.-Zessionar nach 267. (Vgl. R. G. Z. 51, 70 und Bd. 86, 803); die Einrede der Bereicherung nach 821 und schließlich kann er nach 406 aufrechnen, wobei es nicht darauf ankommt, daß die Forderung schon im Zeitpunkt der Abtretung aufrechnungsreif ist, wenn sie nur bis zum Zeitpunkt der Aufrechnung durchsetzbar geworden ist. R. G. 73, 138. Ausgeschlossen ist dagegen die Aufrechnung, wenn die Forderung erst nach der S.-Abtretung und später als die abgetretene Forderung „fällig" (durchsetzbar) geworden ist (entsprechend 406). Vgl. Kreß § 21. S. 306, 32.

4. Auf seinen guten Glauben, nämlich daß er bei der S.-Abtretung die Nichtigkeit der Forderung, ihre Einschränkungen, die Einreden und aufrechenbaren Gegenforderungen nicht gekannt habe, darf sich der S.-Zessionar nur berufen, wenn ihm bei der S.-Abtretung der S.-Zedent eine vom Drittschuldner ausgestellte Schuldurkunde vorgelegt hatte. 405. 117 I. In diesem Fall hat der Drittschuldner den S.-Zessionar zu befriedigen; der Ausgleich zwischen dem S.-Zedenten und dem Drittschuldner erfolgt dann nach 812 ff. oder im Falle einer unerlaubten Handlung (823 II, 826) nach den Vorschriften hierüber.

5. Der Drittschuldner kann auch die Nichtigkeit der S.-Abtretung einer gültigen Forderung einwenden. Hier kann sich der S.-Zessionar nur in dem Ausnahmefall des 405 auf seinen guten Glauben berufen, nämlich wenn die Abtretung durch Vereinbarung zwischen dem S.-Zedenten und Drittschuldner ausgeschlossen worden ist, der S.-Zedent dem S.-Zessionar bei der S.Abtretung eine vom Drittschuldner über die Schuld ausgestellte Urkunde vorlegt und der S.-Zessionar den Sachverhalt weder kannte noch kennen mußte; die S.-Abtretung ist dann rechtswirksam.

6. Nach 401 II kann der S.-Zessionar ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht geltend machen (R. G. Z. 67, 214) vgl. z. B. K. O. 57, 59, 61, 62; Z. V. G. § 10 ff.

7. Der Mit-Übergang des Pfandrechts oder der Forderung aus der Bürgschaft kann durch Vereinbarung zwischen dem S.-Zedenten und S.-Zessionar ausgeschlossen werden. Dann erlischt das Pfandrecht nach 1230 II oder die Forderung aus der Bürgschaft gemäß 767 — R. G. Z. 85, 364.

8. Wenn die sicherungs- und erfüllungshalber abzutretende Forderung selbst wieder sicherungs- und erfüllungshalber durch S.-Ü.-Vertrag gesichert ist, so wird man nicht annehmen dürfen, daß in sinngemäßer Anwendung des 401 auch die Rechte des S.-Ü.-Vertrags, besonders das Sicherungseigentum auf den S.-Zessionar übergehen. Denn der S.-Zedent hat am S.-Objekt in der Schwebezeit der Bedingung nur den mittelbaren Besitz und keinen Herausgabeanspruch; er kann weder den mittelbaren Besitz noch das S.-Eigentum am S.-Objekt auf den S.-Zessionar übertragen. 870. 931. Der S.-Zessionar würde nicht nur kein S.-Eigentum erwerben, sondern bei Kenntnis des S.-Ü-Vertrags und ohne Einverständnis des Drittschuldners (S.-Schuldners aus dem S.-Ü.-Vertrag) Gefahr laufen, schadensersatzpflichtig zu werden (160, 161, 162). Andererseits ist dem S.-Zessionar für den Zweck der S.-Abtretung schwerlich mit der Abtretung der Forderung ohne die zu ihrer Sicherung und Erfüllung dienenden Rechte gedient. Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als daß der S.-Zessionar mit dem S.-Abtretungsvertrag gleichzeitig in sämtliche Rechte und Pflichten des S.-Zedenten aus dem S.-Ü.-Vertrag eintritt, will er die Forderung des S.-Zessionars abgetreten haben.

9. Nur Sicherungsrechte, nicht die Nebenrechte der Forderung überhaupt (Zinsen usw.) gehen auf den S.-Zessionar über. R. G. Z. 74, 81 Mot. II 124 f. Dies entspricht auch der Zweckvereinbarung des S.-Abtretungsvertrags; denn der Forderungsan-

spruch des S.-Zessionars soll gesichert, erfüllt, aber der S.-Zessionar soll nicht bereichert werden. Wird im Fälligkeitstermin seine Forderung nicht beglichen, so ist er bei Einziehung der Forderung verpflichtet, den über seine Forderung einschließlich der Nebenleistungen (Zinsen, Kosten, Ersatz des Verzugsschadens nach 286 I, verfallene Vertragsstrafen — 341 — usw.) hinausgehenden Aktivbetrag an den S.-Zedenten herauszugeben. Andererseits hat er diesem gegenüber einen (fälligen) Anspruch auf Begleichung eines etwaigen Passiv-Differenzbetrags.

10. Überhaupt wird in Ausfluß der sogen. fiduziarischen Pflichten oder richtiger zu einer, durch die vertraglichen Pflichten gebotenen ordnungsmäßigen Abwickelung des ganzen Rechtsgeschäfts, so wie es Treu und Glaube im Verkehr erfordern einerseits und zur Verhütung einer Vereitelung oder Beeinträchtigung der Rechte der Gegenpartei und der daraus sich ergebenden Schadensersatzansprüche andererseits jede der Parteien die Interessen der Gegenpartei im Einklang mit den eigenen zu wahren suchen. So muß der S.-Zessionar — wie oben (9) schon erwähnt — die abgetretene Forderung ordnungsmäßig einziehen, beitreiben oder so gut als möglich verwerten (O. L. G. B. 33, 242) und den Erlös auf sein Gesamtguthaben abgleichen. Ist eine hypothekarisch gesicherte Forderung Gegenstand der S.-Abtretung und kommt das verhaftete Grundstück zur Zwangsversteigerung, so hat er die Rechte des S.-Zedenten hinsichtlich der Höhe des Erlöses bei der Zwangsversteigerung wahrzunehmen. Er muß dafür sorgen, daß das Grundstück zu einem angemessenen Preise zugeschlagen wird. Zu diesem Zweck wird er auch den S.-Zedenten von dem Versteigerungstermin so rechtzeitig benachrichtigen, daß er sein Interesse an der Erzielung eines die abgetretene Hypothek deckenden Gebots — auch durch eigenes Mitbieten — wahrnehmen kann. R. G. Z. 59, 190; 76, 345 ff. Aus der Sicherungsabtretung einer Hypothekenforderung ergibt sich für den S.-Zedenten aber auch ein Anspruch darauf, daß sie, wenn die Forderung des S.-Zessionars rechtzeitig getilgt ist, wieder an ihn formgerecht abgetreten wird. Dies kann auch schon vor völliger Tilgung der gesicherten vom S.-Zedenten gefordert werden und zwar in Höhe des Betrages der zur Sicherstellung eines verbliebenen Rückstandes, der aber nur ein verhältnismäßig geringfügiger sein darf, nicht mehr erforderlich ist. Die hypothekarische Sicherung ist eine typische, gesetzliche; (sie gewährleistet besser als eine vertraglich-atypische Sicherheitsleistung die Zweckerreichung). R. G. vom 28. 11. 28; höchstrichterl. Rechtspr. 1929 Nr. 495.

11. Der **Gleichwert** von Sicherungsmittel und Gläubigerforderung ist — wie bei der S.-Ü. — auch für die Rechtswirkung der S.-Abtretung nicht erforderlich; die Wertverschiedenheit ist für das rechtliche Zustandekommen des S.-Abtretungsvertrags ohne Bedeutung. Während der Schwebezeit der Bedingung könnte deshalb ohne Einwilligung der Gegenpartei in Ansehung derselben Schuldforderung weder der S.-Zessionar eine Erhöhung der Sicherheit (durch S.-Abtretung einer weiteren Forderung, durch S.-Übereignung, Verpfändung — auch nicht durch Verpfändung derselben Forderung — usw.) noch der S.-Zedent — den in Ziff. 10 erwähnten Fall der abgetretenen Hypothekenforderung ausgenommen — eine Ermäßigung, Minderung der gewährten Sicherheit (durch Ermäßigung der Zession auf einen entsprechenden Teilbetrag der gleichen, zedierten Geldforderung oder durch Austausch in eine weniger große Forderung usw.) mit Erfolg verlangen. (Vgl. § 14 A II 11, 12.) Solange der Vertrag läuft, verstößt jede Änderung der Leistungen gegen die vereinbarte Zweckerreichung. Auch Teilzahlungen können an der Höhe der vereinbarten Sicherheit nichts ändern. Erst mit der Fälligkeit der gesicherten Schuld sind die Parteien in der Höhe der Wertdifferenz ausgleichpflichtig. Vgl. 9 und 10.

12. Da die S.-Abtretung eine wirkliche Forderungsabtretung ist, äußert sie im **Zwangsvollstreckungs- und im Konkursverfahren** die gleiche Wirkung wie jede Forderungsabtretung nach 398 ff. B. G. B.

a. Betreibt ein anderer Gläubiger des S.-Zedenten die **Zwangsvollstreckung** in die dem S.-Zessionar abgetretene Forderung (828 ff. Z. P. O.), so hat der S.-Zessionar die Widerspruchsklage nach 771 Z. P. O. zum Vollstreckungsgericht. Würde von einem Gläubiger des S.-Zessisonars nach Eintritt der Bedingung (also **nach** Zahlung der Schuld an den S.-Zessionar) die Zwangsvollstreckung in die abgetretene Forderung betrieben, so stünde dem S.-Zedenten auf Grund des Rückfalls der Forderung die gleiche Klage nach 771 Z. P. O. zu. Einer Zwangsvollstreckung eines Gläubigers des S.-Zessionars in die abgetretene Forderung während der Schwebezeit der Bedingung kann der S.-Zedent wegen der Stundung der gesicherten Forderung, der vertraglichen Kreditierung seitens des S.-Zessionars und schließlich wegen des eigenen, auflösend bedingten Rückfallrechts mit Einwendungen solchen Inhalts nach 765, 766 Z. P. O; auch mit der Widerspruchsklage nach 771 Z. P. O. begegnen.

b. **Im Konkurs des S.-Zedenten** kann, (da die Konkursmasse nur das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, umfaßt K. O. 1), der S.-Zessionar sein besseres Recht zur Aussonderung nach K. O. 43 geltend machen, indem er dem Konkursverwalter unter Berufung auf den mit dem Kridar abgeschlossenen S.-Abtretungsvertrag die weitere Verfügung über die abgetretene Forderung im Hinblick auf 161 B. G. B. untersagt, die Anerkennung (und damit die Aussonderng) seines Rechtes als Zessionar auf Grund der S.-Abtretung und seiner zu Grunde liegenden, durch die Konkurseröffnung unbedingt (K. O. 66) gewordenen, eigenen Schuldforderung einschließlich der Nebenrechte fordert, den etwaigen Mehrbetrag bei der Einziehung der Zessionsforderung als Aktivum der Konkursmasse, den etwaigen Mindererlös als einfache Konkursforderung (in Höhe der Konkursdividende), als Passivum der Konkursmasse anmeldet.

Im Bestreitungs- oder Weigerungsfalle steht dem S.-Zessionar die Feststellungsklage gegenüber dem Konkursverwalter zu.

Wenn die abgetretene Forderung vor der Konkurseröffung vom S.-Zedenten oder nach der Konkurseröffnung vom Konkursverwalter an einen im Sinne des 407 I B. G. B. gutgläubigen Dritten wirksam weiterveräußert (abgetreten, aufgerechnet, verpfändet worden ist (161), dann ist zwar dem S.-Zessionar das Aussonderungsrecht verloren gegangen, aber es steht ihm die sogen. **Ersatzaussonderung** für seine gesamten Ansprüche (einschließlich allenfallsiger Schadensersatzansprüche) zu d. h. er darf an Stelle der einfachen Konkursforderung die Gegenleistung des Dritten oder die Forderung darauf aussondern. K. O. 46.

c. Im **Konkurs des S.-Zessionars** kann der S.-Zedent auf Grund der Zweckvereinbarung des S.-Abtretungsvertrages nur dadurch den Rückfall der abgetretenen Forderung (in Aussonderung aus der Konkursmasse) erzielen, daß er nach rechtzeitiger Mitteilung der S.-Zession an den Konkurs-Verwalter seine eigene Schuld spätestens im Zeitpunkt der Beendigung der Schwebezeit tilgt d. h. als Aktivum der Konkursmasse zuführt. Tut er dies nicht, so hat er kein Aussonderungsrecht hinsichtlich der abgetretenen, nun zur Konkursmasse gehörigen (K. O. 1) Forderung. Diese zieht vielmehr der Konkursverwalter zu Gunsten der Konkursmasse ein. Der etwaige Mindererlös gegenüber der Zedentenschuld wird von diesem (voll) zur Konkursmasse geschuldet. Hinsichtlich des etwaigen Mehrerlöses ist der S.-Zedent — die rechtzeitige Anmeldung vorausgesetzt — nach Maßgabe der Konkursdividende gegenüber der Konkursmasse forderungsberechtigt (als Konkursgläubiger).

## § 20. Die Diskontierung von Buchforderungen.

Im Geschäftsbereich der Banken und sonstigen Kreditanstalten spielt sich die Sicherungsabtretung ihrer Kunden vielfach in der Form der Diskontierung von Buchforderungen ab. Hiebei gewährt die Bank als Kreditgeber, Zessionar gegen S.-Abtretung bestimmter Außenstände, Buchforderungen des Kreditnehmers, Zedenten diesem einen bestimmten Kredit. In der Höhe des letzteren stellt gleichzeitig der Zedent Akzepte mit einer über die Fälligkeit der diskontierten Außenstände hinausgehenden Laufzeit aus und übernimmt die Haftung für die Beitreibarkeit der abgetretenen Buchforderungen. Die Verwendung des gewährten Kredits ist nicht in das Belieben des Schuldners gestellt, sondern im Sicherungsabkommen der Parteien insofern genau geregelt, als die zur Verfügung gestellte Kreditsumme nur zur Abdeckung von Verbindlichkeiten des Zedenten aus Warenlieferungen usw. dienen darf. Deshalb werden meist keine Auszahlungen zu Lasten des Kredits an den Zedenten selbst vorgenommen, vielmehr reicht dieser seine Warenschuld-Rechnungen ein, worauf sie der Zessionar bis zur Kredithöhe begleicht.

Die Güterbewegung dieses Kreditgeschäfts ist auf den Zweck abgestellt ein einheitliches Abwickelungsgeschäft mit Sicherungs- und Erfüllungs-Aufhebungszweck, das auf drei neben einander laufenden Wegen dem gleichen Ziele zustrebt: für den gewährten Kredit gewährleistet der S.-Zedent Sicherung und Aufhebung des Schuldverhältnisses gegenüber dem S.-Zessionar durch: 1. Abtretung (Diskontierung) der Außenstände (Buchforderungen). 2. Akzeptausstellung, 3. Haftung für die Beitreibarkeit der Buchforderungen. Die Kreditschuld ist gesichert; die Aufhebung der Bankschuld, deren Höhe im Rahmen des eröffneten Kredits vom Eingang der Buchforderungen einerseits und von den Abführungen für Warenschulden andererseits abhängig ist, erfolgt im Kontokorrentverkehr mit Erreichung der Kredithöhe (Erschöpfung des Kredits). Die sogen. fiduziarischen Rechte und Pflichten sind in der Regel abgelöst durch die berufsmäßigen (als solche vereinbarten) des Kreditgebers, die Bankbedingungen.

## § 21. Der Sicherungsnießbrauch.

1. Der Sicherungsnießbrauch nimmt insofern eine besondere Stellung ein als er in seinen Zielen der S.-Abtretung gleichkommt, während er zum Gegenstand die Nutzungsrechte an einem Grundstück hat. Den Inhalt der Nutzungsrechte bilden gewöhnlich die Miet- oder Pacht-Erträgnisse des Grundstücks. Der S.-Zessionar ist meist gleichzeitig der Hypothekargläubiger bezüglich dieses Grundstücks. Der Gläubigerwechsel vollzieht sich in der Weise, daß an Stelle des Grundstückseigentümers (S.-Zedenten) sein Gläubiger (S.-Zessionar) tritt und zwar so, daß ersterer zur Sicherung der Forderungen des letzteren die erwähnten Nutzungen abtritt. Diese Nutzungen, Erträgnisse sollen in erster Linie für die Zinsen der Forderungsschuld (meist rückständige und laufende Zinsen der Hypothekenschuld) und in dem darüber hinausgehenden Betrag für die Tilgung der Hauptschuld verwendet werden. Man begegnet hier einer Duplizität des Sicherungs- und des Erfüllungs-Aufhebungs-Zweckes: die (allgemeine) Sicherung der Gläubigerforderung herrscht vor; sie bildet den Kern der hypothekarischen Sicherung wie den der Nießbrauchbestellung. Dazu soll nun zur Antichrese, zur Vermeidung der Wertminderung der Gläubigeransprüche infolge Verschlechterung des Sicherungsobjektes und seiner Erträgnisse eine Nutzung des Sicherungsobjektes für die Sicherung und Befriedigung des Gläubigers in Haupt- und Nebenansprüchen dienen.

2. Für das Zustandekommen eines rechtswirksamen Sicherungsnießbrauches ist notwendig, daß die Parteien wirklich ein dingliches Recht bestellen (873 B. G. B., 50 G. O.) und daß ihre Zweckvereinbarung und Zweckerreichung nicht in Widerspruch steht mit dem Wesen des Nießbrauchs und den für ihn geltenden zwingenden Normen (nicht vererblich 1059, nicht veräußerlich 1061; der Anfall der Nutzungen erfolgt ipso jure). Er erlischt — wie meist als auflösende Bedingung vereinbart ist — nach Maßgabe des 158 II mit der Befriedigung des S.-Zessionars ohne Aufhebungserklärung und Löschung. Seiner späteren Löschung im Grundbuch kommt lediglich die Bedeutung einer Grundbuchberichtigung zu.

3. Seine rechtliche Zulässigkeit ist allgemein im Schrifttum wie in der Rechtsprechung anerkannt. (Vgl. hiezu Staudinger K. III Bd. § 1030 IV und die dort angegebenen Quellen).